

# Algunas reflexiones sobre la regulación al cuestionamiento de los pactos arbitrales y la arbitrabilidad de las controversias por parte del Estado y las Entidades públicas

## El caso de la normatividad colombiana

Por Nicolás Gamboa Morales\*

### I. Anotaciones Iniciales [\[arriba\]](#)

Con motivo de la obligante invitación del profesor Roque Caivano, gran jurista y mejor amigo, para hacer un aporte a esta Edición de la Revista Argentina de Arbitraje, me ha parecido interesante aludir a un tema que ha sido objeto de consideración tanto doctrinaria como en el marco de la “jurisprudencia arbitral”[1], cual es la posición general sobre el tratamiento que debe dársele a los cuestionamientos que se promuevan en el ámbito estatal respecto de pactos arbitrales y/o controversias sujetas al arbitraje que hayan sido suscritos y/o en donde intervengan entidades públicas.

Al respecto, y de entrada, cabe observar que parecería existir unanimidad en el ámbito arbitral en el sentido de no ser aceptable que los estados o las entidades públicas, luego de haber suscrito un pacto arbitral, vuelvan sobre sus pasos y, *a posteriori*, controviertan los mismos o la arbitrabilidad de los conflictos que deban enfrentar.

Así, con la noción de *inmunidad de jurisdicción* en lontananza, planteada la pregunta de si el sometimiento voluntario al arbitraje por parte de un estado o una entidad estatal constituye renuncia a la inmunidad de jurisdicción que pueda serles aplicable, la respuesta ha sido favorable a la prevalencia del pacto arbitral.

Por vía de ejemplos:

Emmanuel Gaillard y Jenny Edelstein señalan:

“Ciertamente, aunque los estados y las entidades estatales disfrutan, en principio, de inmunidad de jurisdicción, es ampliamente reconocido que uno y otras pueden renunciar a tal inmunidad estipulando someterse al arbitraje. Por tanto, un pacto arbitral es considerado como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción de la parte conformada por un estado o una entidad poseída por el mismo”[2].

El profesor sueco Kaj Hober anota:

“Los árbitros no representan ningún soberano ni tampoco sus intereses. En la mayoría de los sistemas legales los árbitros no ejercen y no pueden ejercer ninguna autoridad estatal, sino únicamente la autoridad que les ha sido conferida por las partes. El arbitraje es, así, un mecanismo de solución de controversias enteramente privado y el trámite arbitral no tiene nada que ver con el ejercicio de la autoridad estatal. En consecuencia, respecto de un estado involucrado en un arbitraje internacional, no hay, simplemente, nada de que ser inmune. Por ende, si un estado soberano que ha suscrito un contrato que contempla el arbitraje alega inmunidad ante el tribunal arbitral, tal objeción debe ser rechazada. El laudo resultante no será ni nulo ni atacable con fundamento en dicho rechazo”[3].

Y en el campo jurisprudencial, si bien con alguna antigüedad, pero no con menos validez, en el Caso CCI 1939 de 1971, considerado como primer precedente sobre el tema, se expresó:

“El orden público internacional rechazaría vigorosamente la proposición de que un órgano estatal que llevando a cabo negocios con extranjeros y habiendo pactado abiertamente, con conocimiento e intención, una cláusula arbitral que generara confianza en su co-contratante, pudiera posteriormente, sea en el curso del procedimiento arbitral o en los trámites de ejecución, invocar la nulidad de su propia promesa”[4].

## II. Buena fe y seguridad jurídica [\[arriba\]](#)

Sin perjuicio de lo anterior, la posición que cuestiona la posibilidad de apartarse del postulado *pacta sunt servanda* y desconocer los pactos arbitrales o la arbitrabilidad de los conflictos, se ha estructurado sobre la base de que la conducta en referencia es opuesta al inveterado principio de la *buena fe* y a la restricción de comportamientos contradictorios,[5] a lo que agregaría que ella también repercute en la *seguridad jurídica*, una de las más sentidas aspiraciones de cualquier co-contratante con el estado y con las entidades estatales e, inversamente, uno de los motivos de reticencia para la contratación estatal y, más generalmente, para el fomento y expansión de los proyectos de interés para el conglomerado social y de las inversiones requeridas para llevarlos a cabo.

Ahora bien, sin duda inspirada en el principio antes referido y en las manifestaciones arbitrales sobre el mismo, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987 adoptó el siguiente texto en su art. 177 (2):

“Un Estado, una empresa propiedad de un Estado, o una organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, no puede invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en el acuerdo de arbitraje”[6].

De esta forma, entonces, bien por la vía de la *lex mercatoria*, plasmada, en reglas como las atrás aludidas de los Principios UNIDROIT, y con apoyo referencial en la disposición suiza -al margen de la limitación territorial de su aplicación- parecería evidente la existencia de herramientas suficientes para reprimir el comportamiento estatal contrario a la buena fe consistente en celebrar pactos arbitrales conociendo las limitaciones establecidas al efecto en su propia legislación, esto es, desviándose del deber de revelación, propio de la lealtad negocial[7].

El asunto, sin embargo, no es tan color de rosa como pudiera parecer.

## III. Observaciones sobre el alcance de la imposibilidad de cuestionar los pactos arbitrales y/o la arbitrabilidad de controversias [\[arriba\]](#)

Una primera observación, bastante obvia por demás, es que la imposibilidad de los estados de controvertir los acuerdos de arbitraje y/o la arbitrabilidad de los conflictos solo puede aplicarse respecto de legislación expedida **después** de la celebración de un pacto arbitral, pues, en efecto, es inaceptable que una parte privada deba padecer las consecuencias de una normatividad expedida con posterioridad a la celebración de un acuerdo de esta índole en cuya virtud se restrinja la sujeción al arbitraje por la vía de prohibir o limitar los acuerdos o los

asuntos en ellos comprendidos, situación que, por supuesto, implicaría la aplicación retroactiva de la ley.

No obstante, el panorama no sería tan claro cuando se trata de entidades estatales, pues ellas no necesariamente tienen su *propio derecho* y, en la práctica, muchas veces no tienen intervención o voz en la expedición de la normatividad que les es aplicable.

Considérese, por ejemplo, el caso de una empresa local de servicios públicos, sometida a la legislación que sobre la materia emita el poder central. ¿Cuál sería el régimen *propio* que -en ausencia de colusión entre la entidad y el regulador- le vedaría a dicha empresa local cuestionar un pacto arbitral en obediencia de una disposición general, habida cuenta que tratándose de entidades estatales, al igual que de personas privadas, hay una reconocida distinción entre la persona jurídica propiamente dicha y sus accionistas o propietarios?

Y menos clara aun es la situación cuando se trata de cuestionamientos basados en normatividad *anterior* a la celebración de un pacto arbitral, pues, si bien es cierto que el principio de la *buena fe* es de índole universal, no es menos cierto que, a la par del mismo, en el ámbito del comercio internacional -terreno por excelencia del arbitraje - es postulado propio de este la imposibilidad de alegar a favor la responsabilidad propia (*nemo auditur*) y, por ende, dejar impune la conducta de un contratista del Estado o de una entidad estatal que negligente o descuidadamente prescinde de la verificación sobre si su contratante estaba o no capacitado para celebrar un pacto arbitral / convenir la arbitrabilidad de ciertas controversias[8].

Es indudable que atrás quedó la época donde había una clara prevalencia de los estados sobre las partes privadas. En la actualidad no existe razón o barrera que le impida a un posible contratista privado investigar adecuada y suficientemente las circunstancias y prerrogativas o limitaciones de su contraparte estatal, de manera que pueda (y tenga) que saber si la entidad estatal está o no facultada para concluir un pacto arbitral y, en caso, tal conocer los límites de las controversias susceptibles de composición arbitral.

Proceder de manera descuidada o superficial constituye una violación del deber de diligencia que, por ende, le impediría al contratista privado oponerse al cuestionamiento que plantee la contraparte pública, precisamente porque, como atrás se dijo, no es dable alegar en beneficio propio la conducta contradictoria con el deber en referencia, amén de la enorme dificultad conceptual que aparejaría la justificación de una aplicación preferente del postulado de la *buena fe*, frente al postulado de *deber de diligencia*, tan cercano al entorno comercial internacional.

Así, entonces, visto que la imposibilidad de que los estados y las entidades estatales cuestionen pactos arbitrales y/o la arbitrabilidad de las controversias no tiene un campo absoluto de aplicación, pues existen matices al respecto y, además, la confrontación del principio atinente a la buena fe con aquel relativo a la diligencia esperada, me dirijo hacia el caso colombiano, en tanto configura una situación que, desde mi perspectiva, amerita una serie de reflexiones.

#### IV. Comentarios sobre la norma colombiana [\[arriba\]](#)

Como punto inicial cabe destacar que la regulación colombiana sobre arbitraje internacional, contenida en la § III de la Ley N° 1563 de 2012 (arts. 62 a 116),[9]

tiene como eje la Ley Modelo de UNCITRAL, incluyendo los ajustes adoptados en el año 2006.

En este sentido, entonces, sin dejar de lado lo previsto en el art. 1º de la Ley Modelo, el inciso final del art. 62 de la normatividad colombiana, ciertamente inspirado en el art. 177 (2) de la ley suiza, adoptó el siguiente texto:

“Ningún Estado, ni empresa propiedad de un estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje”.

Podría decirse, entonces, y un poco al desgaire, que la disposición citada *protege* las partes privadas y, más generalmente, la institución arbitral tratándose de vínculos contractuales con el Estado, pues deja incólume tanto el convenio sobre empleo del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, como la arbitrabilidad de las disputas sujetas a este sistema de composición.

No obstante, al examinar con mayor detenimiento la norma y sus ramificaciones e impacto, surgen una serie de interrogantes que quisiera presentar con el objeto de reflexionar sobre si, en efecto, la disposición transcrita contribuye a la *seguridad jurídica*, o si, por el contrario, da margen para una serie de cuestionamientos que harían aplicable la común expresión de *peor el remedio que la enfermedad*.

Como primera medida, cabe advertir que en la parte inicial de este mismo art. 62 (incisos primero a tercero) -titulado *Ámbito de Aplicación*- que sí proviene de la Ley Modelo de UNCITRAL, se establece:

“Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al **arbitraje internacional**, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia.

Las disposiciones de la presente sección, con excepción de los arts. 70, 71, 88, 89, 90 y 111 a 116,[10] se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en el territorio colombiano.

**La presente sección no afectará a ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”** (Énfasis añadido).

Aquí surge un primer interrogante y, a mi juicio, una diferenciación según la índole del arbitraje, pues, evidentemente, tratándose de **arbitraje nacional** no aplicaría la prohibición de invocar el derecho propio para cuestionar la capacidad para suscribir un pacto arbitral o la arbitrabilidad de lo allí estipulado, dado que el inciso primero es categórico al señalar que la § III de la ley solo rige para el **arbitraje internacional**.

Similar conclusión podría deducirse de la norma helvética, pues el art. 176 (1) de la misma señala:

“Las disposiciones del presente capítulo [Arbitraje Internacional] se aplicarán a todos los arbitrajes si la sede del tribunal arbitral está en Suiza y sí, al momento de

concluir el acuerdo de arbitraje, **por lo menos una de las partes no tiene su domicilio o su residencia habitual en Suiza**” (Énfasis añadido).

Similarmente, la ley española de arbitraje (Ley N° 60 de 2003), adoptada dieciséis (16) años después de la ley suiza, es clara en este sentido, pues en su art. 2 (2) -no modificado en 2011- dispone:

“Cuando el **arbitraje sea internacional** y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral” (Énfasis añadido).

Y a ello debe agregarse que, a mi juicio, tampoco tiene efecto la restricción tratándose de **entidades estatales colombianas** involucradas en arbitrajes internacionales, pues, dada la salvedad establecida en el tercer inciso del artículo previamente citado, si una **ley colombiana** restringe bien la capacidad, bien la arbitrabilidad, es perfectamente posible oponerse al arbitraje, contrario a lo que prohíbe el texto final de la norma.

Lo anterior, que ciertamente, va reduciendo el alcance de la supuesta *protección* contra el actuar estatal, impacta otros aspectos, pues, cabe preguntarse, que ocurre, si dentro del propósito institucional de promocionar el país como sede de arbitrajes internacionales -como, por ejemplo, fue el caso chileno al adoptar *verbatim* la Ley Modelo (versión 1985)- se trata de un conflicto entre partes **no colombianas**, una de ellas de índole estatal, para cuya solución se ha pactado arbitraje en Colombia.

Allí, la entidad estatal extranjera -contrario a lo que ocurriría con su par colombiana- no podría cuestionar ni su capacidad para haber suscrito el pacto arbitral, ni la viabilidad legal de someter el conflicto a arbitraje, pues el inciso segundo del art. 62 -antes referido- categóricamente impone la aplicación del texto en comentario toda vez que la sede del arbitraje es Colombia, debiendo añadirse que lo que le estaría vedado a la entidad estatal extranjera involucrada en el arbitraje sería invocar “*su propio derecho*”, no la ley colombiana.

Me pregunto, entonces, si en verdad sirve o es útil el inciso final del art. 62 de la Ley N° 1563 de 2012, visto, por una parte, que su efecto es virtualmente inexistente respecto de entidades estatales nacionales, pero de plena aplicación respecto de entidades extranjeras de esta índole.

Pero aquí no cesan las dudas e interrogantes.

Al tenor del art. 68 del estatuto arbitral, la autoridad judicial competente para conocer del recurso de anulación de los laudos proferidos en arbitrajes internacionales con sede en Colombia es la Corte Suprema de Justicia (o el Consejo de Estado, si el arbitraje involucra una entidad pública colombiana).

Por su parte, dentro de las causales de anulación previstas para los laudos internacionales (art. 108 del estatuto arbitral), se encuentran, en línea con la Ley Modelo de UNCITRAL, la incapacidad de una parte o la invalidez del pacto arbitral “en virtud de la ley a que las partes lo han sometido” y, además -de hecho,

declarable de oficio- el que “según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje”.

¿Qué sucedería, entonces, si en el arbitraje internacional con participación de una entidad estatal extranjera, esta, por virtud del inciso final del art. 62, no pudo cuestionar su capacidad para ser tal y/o la arbitrabilidad de la controversia y resulta comprobada la incapacidad y/o la no arbitrabilidad del conflicto?

¿Cómo se compaginaría la prohibición de plantear la incapacidad de la entidad estatal y/o la arbitrabilidad de la controversia con las causales de anulación antes mencionadas?

¿Se extiende la prohibición sobre alegación de incapacidad / no arbitrabilidad al recurso de anulación?

¿O está sujeta la contraparte privada de la entidad estatal - supuestamente *beneficiaria* de la restricción que trae el inciso final del art. 62- a la eventualidad de que, adelantado el arbitraje, posteriormente sea anulado el laudo, precisamente con apoyo en aquello que no pudo ser propuesto por su contraparte?

¿Y en ese caso, que beneficio real tendría la *protección* que se predica de la norma en mención?

Como se advierte, no es claro el impacto de la regla que se comenta y sí, por el contrario, la incertidumbre que genera.

Consideraciones del mismo corte se observan tratándose del reconocimiento y ejecución en el exterior de laudos proferidos en Colombia, pues, en efecto, la Convención de Nueva York trae en su art. V, numerales (1) (a) y 1 (b) disposiciones simétricas del mismo tenor, en cuya virtud el juez del exequatur -en el ejemplo propuesto el de la jurisdicción de la entidad estatal extranjera- a quien se le pida conceder el reconocimiento y ejecución del laudo proferido en Colombia, puede negarlo si respecto del pacto arbitral se aduce y comprueba la incapacidad de una de las partes o la invalidez del convenio, precisamente a la luz de la ley a la que no pudo acudir la referida entidad estatal extranjera para plantear esos cuestionamientos.

Y también dicho juez del exequatur puede, oficiosamente, abstenerse de conceder el reconocimiento y ejecución del laudo emitido en Colombia, si conforme a la ley de su jurisdicción -una vez más, la que no pudo invocar la entidad estatal extranjera merced al precitado inciso final del art. 62- comprueba que el conflicto no es “susceptible de solución por vía de arbitraje”.

Así, entonces, cabe preguntarse, una vez más, si la regla que se comenta tiene el carácter *protector* que presuntamente le es adscrito, o, por el contrario, si su efecto en tal sentido es más aparente que real, posición hacia la cual me inclino.

Esbozado todo lo anterior, que, como se advierte, conforma un conjunto de interrogantes, más que una serie de respuestas, estimo, a manera de conclusión, que es ciertamente debatible la justificación y utilidad a la disposición en comentario, evidentemente ajena a la consistencia de la Ley Modelo, inspiradora básica del estatuto arbitral internacional colombiano y, por consiguiente, sin posar como *entrenador de lunes*, sugeriría considerar la permanencia de la norma dentro

del cuerpo de la Sección Internacional de la Ley N° 1563 de 2012, en aplicación y muestra del dinamismo y auto análisis característicos del arbitraje y explicación de su vigencia y empleo incremental.

Bogotá, Abril de 2023

#### Notas [\[arriba\]](#)

*\*Socio Fundador de Gamboa & Chalela - Abogados, Bogotá, Colombia. Profesor de las Universidades del Rosario (Profesor Titular) y Externado de Colombia.*

*Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional y de la Subcomisión de Arbitraje Internacional a cargo de la revisión y actualización de las “Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional”, adoptadas en Mayo 2010. Fundador y Expresidente del Comité Colombiano de Arbitraje y miembro del Club Español de Arbitraje. Participante en múltiples arbitrajes tanto nacionales como internacionales y miembro de la lista de árbitros de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cali, así como del International Centre for Dispute Resolution (ICDR).*

[1] La expresión “jurisprudencia arbitral” debe entenderse en forma cautelosa, pues, en efecto, los arbitrajes son fundamentalmente confidenciales, circunstancia que genera la inherente dificultad de conformar un cuerpo de decisiones que vayan formando “jurisprudencia”.

En consecuencia, la referencia debe ser entendida en función de aquellos laudos que han trascendido al público en general, donde generalmente se trata de preservar el anonimato de las partes, o que provienen de casos que por su naturaleza (arbitrajes de inversión adelantados al amparo del CIADI, por ejemplo) o por características especiales (Tribunal de Reclamos Irán - Estados Unidos, por ejemplo) se dan a conocer.

[2] Emmanuel Gaillard y Jenny Edelman, Recent Developments in State Immunity From Execution in France: Creighton v. Qatar, Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 15, No. 10, octubre 2000, página 49 - T. del A.

[3] Kaj Hober, Arbitration Involving States, The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration, Lawrence W. Newman y Richard D. Hill, Eds., Juris Publishing, Inc., Huntington, NY, 2004, página 148 - T. del A.

Sugestiva como pueda ser la explicación del profesor Hober, debe precisarse que puede tener fragilidad legal en jurisdicciones donde se prohíbe la concepción jurisdiccional del arbitraje.

[4] Cita tomada de W. Laurence Craig, William H. Park y Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3a. Edición, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 2000, página 45 - T. del A.

[5] El art. 1.7 de los Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), referente a la “Buena fe y lealtad negocial”, dispone:

“(1) Las partes deben actuar de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar esta obligación”.

Por su lado, considerado como una forma de aplicación de los principios contenidos

en el precitado art. 1.7, el art. 1.8 ibidem, referente a “Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium”, establece:

“Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

[6] Texto tomado de la traducción al español de esta ley, que aparece en [www.arbitration-ch.org](http://www.arbitration-ch.org).

[7] En este sentido, en el Caso CCI 4381 de 1986 (anterior a la expedición de la norma suiza), se dijo:

“La aptitud del Estado para comprometer es uno de los campos donde el orden público transnacional interviene con más frecuencia. No es que la inaptitud del Estado o de las empresas públicas para comprometer sea contraria al orden público transnacional... Lo que resulta contrario al orden público transnacional es la conducta del Estado o de las empresas públicas consistente en estipular una cláusula de arbitraje sin revelar su incapacidad, para luego invocar esa inaptitud con el fin de sustraerse a su palabra”.

[8] En este contexto, debo poner de presente mi pleno acuerdo con lo manifestado por el doctor Eduardo Silva Romero en su lúcido ensayo *Requiem for the Rule of Article 177 (2) of the Swiss Private International Law Act?*, donde se indica:

“Los inversionistas extranjeros tienen el deber de respetar las reglas de la sociedad a la que pertenecen, i.e., las reglas y principios que conforman la *lex mercatoria*. Ello significa, por tanto, que deberían respetar el principio según el cual los comerciantes internacionales son considerados profesionales competentes. En nuestro parecer, la principal consecuencia legal de este principio es que los comerciantes internacionales no pueden obtener provecho de su propia negligencia (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*).

Dada la importancia que tiene para los inversionistas extranjeros someter a arbitraje las controversias con entidades estatales, consideramos que aquellos tienen un deber, como profesionales competentes, de verificar si la entidad estatal con la que están contratando está autorizada por su ley nacional para someter controversias al arbitraje. La falla en hacerlo implicaría, a nuestro parecer, violación de la *lex mercatoria* por cuanto constituiría incumplimiento del principio de diligencia de los comerciantes internacionales. La consecuencia legal de dicho incumplimiento debería ser que, en caso de que la entidad estatal cuestionara la jurisdicción del tribunal arbitral, el inversionista extranjero no estaría facultado para buscar la aplicación del acuerdo arbitral y no tendría opción diferente de someter la disputa contra la entidad estatal a la corte nacional competente”.

(Eduardo Silva Romero, *Requiem for the Rule of Article 177 (2) of the Swiss Private International Law Act?*, *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Dispute Resolution Library, 2005, página 831 - T. del A.).

[9] Por diversos motivos que excederían el alcance de este escrito, el legislador colombiano adoptó en materia de arbitraje el sistema “dual” y, por ello, la § I de la Ley (arts. 1 a 58) se refiere al arbitraje nacional.

[10] El art. 70 se refiere a la remisión al arbitraje por parte del juez ante quien se haya promovido una acción cubierta por un pacto arbitral; el art. 71 se refiere a la posibilidad de solicitar ante la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares; los arts. 88 a 90 aluden a medidas cautelares; y los arts. 111 a 116 al reconocimiento y ejecución de laudos.