



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

MEMORANDO

Versión 1

Fecha	7 de junio de 2018	Consecutivo	GGE-OAJ-ME-2018-0080
De	LUISA FERNANDA MORA MORA Jefe Oficina Asesora Jurídica		
Para	SANDRA MARÍA SAAVEDRA MOGOLLÓN Gerente de Contratación		
Asunto	Concepto - Lineamientos en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos y arbitraje		

Reciban un cordial saludo Dra. Sandra.

Con el fin de aportar a la Gerencia de Contratación los lineamientos en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos y cláusulas de arbitraje dentro de los contratos que se gestionen por parte de la entidad, especialmente aquellos relacionados con el Proyecto Primera Línea del Metro de Bogotá, la Oficina Asesora Jurídica en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 002 de noviembre 17 de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital, a través del presente concepto, expone su posición frente a las cláusula de arbitramento que deben incorporarse en los contratos que suscriba la empresa Metro.

El presente documento abordará los siguientes puntos:

- (i) Posibilidad de acudir a otro mecanismo de resolución de controversias de manera previa a la activación del arbitraje.
- (ii) Cláusula compromisoria y posibilidad de acudir al arbitraje nacional y/o internacional a efectos de resolver las controversias derivadas de los contratos-Banca Multilateral;
- (iii) Calidades y condiciones de los árbitros, sede del tribunal y normas aplicables cuando se trata de arbitraje internacional;
- (iv) Reconocimiento de laudos proferidos en el extranjero;
- (v) Posibilidad de someter controversias derivadas de los contrato de crédito a la jurisdicción de cortes extranjeras bajo derecho colombiano
- (vi) Aplicación de la Directiva 002 del 17 de noviembre de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital.

I. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 56 Decreto 1818 de 1998 habilitan a las entidades públicas para acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la conciliación, amigable composición y arreglo directo.

Sin embargo, dichos mecanismos alternativos de solución de controversias no pueden imponerse como un requisito previo para acceder a la jurisdicción. Al respecto el artículo 13 del Código General del Proceso (el "CGP") es claro cuando dispone que disposiciones en tal sentido se tendrán por no escritas, siendo entonces ineficaces:



13 JUN 2018

Carrera 7 No.71-52 Torre A Of. 902
Bogotá, Colombia
Código Postal: 110231
Tel: (+571) 5 553333
www.metrodebogota.gov.co
Infolínea 195

Delsy P
13-06-018
H: 11:21 AM.



MEMORANDO

Versión 1

"(...) Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas" (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Al respecto se precisa que el arbitraje no se considera para estos efectos como un mecanismo previo para el acceso a la jurisdicción. Por el contrario, el artículo 116 de la Constitución Política es claro cuando habilita a los particulares para ejercer, de manera temporal, funciones jurisdiccionales.

Por su parte y en cuanto a la **amigable composición**, dentro de la que es posible enmarcar, por ejemplo, los denominados *dispute boards*, es un mecanismo que tiene su fuente en la autonomía de la voluntad de las partes y por medio del cual éstas delegan en un tercero (el amigable componedor) la facultad de definir, con fuerza vinculante, una controversia contractual de libre disposición, en los términos del artículo 59 de la Ley 1563 de 2012.

De manera general, la amigable composición es un método alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual, uno o varios particulares, una entidad pública o varias entidades públicas habilitan a un tercero, llamado amigable componedor, para resolver de manera definitiva sus controversias. El amigable componedor no tiene que ser abogado y se caracteriza por tener un amplio y especializado conocimiento en la materia objeto de la disputa.

La amigable composición **no es un proceso jurisdiccional**. No implica el ejercicio de jurisdicción, la decisión que toman los amigables componedores tiene la naturaleza de una transacción, en los términos del Código Civil. Por lo tanto, este es un mecanismo que permite la resolución de un conflicto de manera ágil, en el cual se podrán discutir aspectos de variada índole y en donde, como consecuencia del conocimiento especializado que tiene el amigable componedor, **es también un instrumento idóneo para discutir aspectos de carácter técnico**.

En consideración de lo mencionado, y según ha sido reconocido en la jurisprudencia y de acuerdo con la ley, la **decisión proferida en el marco de la amigable composición producirá los efectos propios de la transacción** entre las partes en conflicto¹. Ahora bien, en relación con el control judicial llamado a efectuarse sobre las decisiones proferidas en el marco de la amigable composición, éste se circunscribe única y exclusivamente a los eventos en los cuales exista una eventual causal de nulidad o rescisión de la decisión, tal y como sucede en los contratos viales de 4G. En conclusión, la jurisdicción ordinaria o un tribunal arbitral no podrán revisar de fondo la decisión.

¹ Ver: (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 26 de febrero de 1998; y (ii) Ley 1563 de 2012, artículo 60.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

MEMORANDO

Versión 1

Es preciso anotar que en el pasado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó que no era posible para las entidades estatales disponer libremente de sus derechos patrimoniales y, en esa medida, pactar la amigable composición². Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, la **Sección Tercera del Consejo de Estado**, se apartó de dicha posición y estableció que **las entidades estatales cuentan con una habilitación expresa para acudir a la amigable composición**, tal y como lo dispone el artículo 68 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto se señaló por parte de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de abril de 2015, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicado: 12001-03-26-000-2010-00004-00 (38053) lo siguiente:

“La Sala de Consulta y Servicio Civil dejó de considerar la regla inserta en la Ley 80 de 1993 referida a la libertad de configuración del contenido del contrato estatal, establecida en el artículo 13 de la citada ley, por manera que se integran a la contratación estatal las disposiciones comerciales y civiles en asuntos contractuales, salvo en las materias reguladas en la referida Ley 80 de 1993. Ello significa que no se requirió una disposición legal en el ámbito contractual de las entidades estatales para definir la amigable composición estatal, por el contrario, establecida la competencia para acudir a la amigable composición en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, acudieron a integrar los términos y condiciones de la amigable composición, las disposiciones del estatuto de contratación estatal y en su defecto, las del derecho comercial y civil”.

A ello se suma que, se entiende, que cualquier discusión respecto a la procedencia de esta figura cuando están involucradas entidades públicas, quedó zanjada con la expedición de la Ley 1563 de 2012, cuando dispone que a esta podrán acudir *“dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas.”*

Es importante tener en cuenta que en caso de pactarse el uso del amigable componedor, se deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa, en los términos del literal d) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2016.

En consecuencia, es posible acudir a mecanismos alternativos de resolución de controversias de manera previa a la activación del arbitraje e incluso pactarlos en los respectivos contratos, más no disponer que su agotamiento sea requisito para acceder a la jurisdicción. De incluir cláusulas en tal sentido, las mismas se tendrían como no escritas bajo la legislación colombiana.

² Al respecto, ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. CP. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952), 13 de agosto de 2009.



MEMORANDO

Versión 1

II. VIABILIDAD DE PACTAR ARBITRAJE NACIONAL Y/O INTERNACIONAL BAJO EL DERECHO COLOMBIANO

La posibilidad de las entidades públicas de acudir al arbitraje, tanto nacional como internacional, está plenamente autorizada en el ordenamiento colombiano, tal y como lo establece el artículo 1 de la ley 1563 de 2012:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho." Igualmente, el artículo 61 de la misma norma reconoce que las entidades públicas podrán pactar el arbitraje internacional, cuando dispone que "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.

A lo anterior se suma lo dispuesto en la Directiva 002 de 2016 emitida por la Secretaría Jurídica Distrital al reconocer que las entidades, en el ámbito de su autonomía pueden decidir incluir cláusulas compromisorias en los contratos que celebren. Señala la citada Directiva:

Cada entidad y organismo distrital, en ejercicio de su autonomía administrativa y de conformidad con el artículo 87 del Decreto Distrital 714 de 1996, el Estatuto de Contratación Pública sus propios estatutos y demás normas legales y reglamentarias vigentes y concordantes, tiene la capacidad para celebrar los contratos que requiera con el propósito de cumplir los fines Estatales, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados desde el ámbito funcional de cada entidad y organismo del Distrito Capital. La decisión de incluir cláusulas compromisorias en los contratos debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto. La competencia de la jurisdicción contenciosa para la solución de tales controversias, efectuando, dentro del estudio de conveniencia jurídico - económico un análisis y valoración de riesgos la naturaleza de las partes el objeto del contrato, la cuantía del proceso y sus respectivos antecedentes que permita determinar la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato."

Ahora bien, debe anotarse que la decisión sobre la legalidad de actos administrativos está excluida de la competencia de los árbitros, estando ésta limitada a pronunciarse sobre los efectos económicos del ejercicio de las facultades excepcionales con que cuenta la Administración en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, perdiendo competencia "para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales" en los términos del literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

La Ley 1563 de 2012, consagra un régimen dualista donde se distingue entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional. Lo anterior significa que existen disposiciones que son exclusivamente aplicables al arbitraje nacional o al arbitraje internacional.

Tratándose de arbitraje nacional, el artículo 116 de la Constitución Política, reglamentado por la Ley 1563 de 2012, dispone que las entidades públicas que acudan a este mecanismo de solución de controversias deberán



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

MEMORANDO

Versión 1

someterse a las reglas contenidas en la norma y no a las establecidas en los reglamentos de los centros de arbitraje.³

El *arbitraje nacional*, al igual que los demás tipos de arbitraje, se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad e igualdad.

En tal sentido se destaca que el ejercicio de dicho mecanismo no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan, conforme a lo dispuesto en el literal e) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013⁴.

Por su parte, en un *arbitraje internacional* las partes son libres de pactar las normas procesales y sustantivas aplicables a la disputa, tal como disponen los artículos 92 y 101 del Estatuto Arbitral.

Ahora bien, la Ley 1563 de 2012 adopta **tres criterios objetivos para determinar si un arbitraje puede considerarse como internacional**⁵. En efecto, el artículo 62 del mencionado estatuto señala que el arbitraje será internacional cuando:

- (a) **Las partes de un acuerdo de arbitraje tengan sus domicilios en Estados diferentes al momento de celebración del contrato.**

El domicilio es un concepto eminentemente jurídico⁶ que se verificará siempre que las partes del acuerdo de arbitraje tengan sus domicilios en Estados diferentes al momento de la celebración dicho acuerdo. En este sentido, el lugar principal de los negocios de las partes o el lugar de administración efectiva de los recursos no es relevante⁷.

Al respecto, es importante anotar que este criterio de internacionalidad se encontraba consagrado en la Ley 315 de 1996, que regulaba el arbitraje internacional antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012. Bajo la vigencia de la Ley 315 de 1996, las cortes colombianas han reconocido que el hecho que una de las partes del acuerdo de arbitraje tenga su domicilio es un criterio de internacionalidad válido y efectivo bajo el derecho colombiano⁸. La Corte Constitucional en sentencia C-347 de 1997, señaló:

³ Ley 1563 de 2012, artículo 2º.

⁴ Esta misma regla se aplica cuando se trate de arbitraje internacional y amigable con el ordenador.

⁵ Para que el arbitraje se considere internacional, deberá presentarse alguno de los presupuestos señalados.

⁶ En el caso en que cualquiera de las partes del acuerdo de arbitraje tenga más de un domicilio, el artículo 62 de la ley 1563 de 2012 establece que el domicilio a tener en cuenta es aquel que tenga **una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.**

⁷ Mantilla, Fernando, "El Arbitraje Internacional", en García, Laura y Aljure, Antonio (eds.), "Estudios contemporáneos de derecho internacional privado", Legis, Bogotá, 2016, pág. 192.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-347 de 1997.



MEMORANDO

Versión 1

“Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. Es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera. El fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público.”

En particular, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han ratificado esta posición en sentencias en las que revisaron un laudo proferido en un arbitraje internacional con sede Bogotá, bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional⁹.

- (b) El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.**

En cuanto a este segundo criterio y a efectos de determinar el lugar de cumplimiento, resulta útil la referencia al numeral 4 del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011, donde se dispone que en las controversias contractuales el factor territorial se definirá con base en el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Por su parte el inciso final del párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que, tratándose de operaciones de crédito público y cuando éstas se ejecuten en el exterior, las mismas “se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos.”

- (c) La controversia afecte los intereses del comercio internacional.**

Es importante señalar que, no existen precedentes en los que las cortes colombianas se hayan pronunciado sobre el significado de una controversia que afecte “los intereses del comercio internacional”, por lo que, no hay antecedentes que permitan identificar con claridad los requisitos que debería satisfacer una controversia para que se considere que afecta los intereses del comercio internacional.

Sin embargo, la doctrina¹⁰ identifica este criterio como derivado de la legislación francesa. Al respecto, señalan que la jurisprudencia francesa considera que una controversia afecta los intereses del comercio internacional cuando, después de realizar un análisis económico de la misma, es factible concluir que esta supone la

⁹ Ver, en este sentido: (i) Sentencia del 29 de noviembre de 2012 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ocasión del recurso de anulación interpuesto por Isagen S.A. E.S.P., Rad. 11001-03-26-000-2010-00051-00(39332) y; (ii) Sentencia SU-500 de 2015.

¹⁰ Silva, Eduardo, “De la calificación del arbitraje de internacional en el estatuto de arbitraje”, en “Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012”, Legis, Bogotá, 2013, pág. 356-357.



MEMORANDO

Versión 1

transferencia de bienes, servicios o fondos a través de las fronteras de dos o más países o Estados¹¹. Sin embargo, es necesario advertir que en el marco de una economía globalizada, este criterio aplicaría en casi cualquier evento, encontrándose que sin embargo ésta no ha sido la práctica generalizada, por lo que la aplicabilidad del mencionado criterio resulta incierta.

III. CALIDADES Y CONDICIONES DE LOS ÁRBITROS, SEDE Y NORMAS APLICABLES CUANDO SE TRATA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL – BANCA MULTILATERAL COMO FINANCIADORA DE LA PLMB

1. Sede y normas aplicables

Los artículos 92, 93 y 101 de la Ley 1563 de 2012, referidos al arbitraje internacional, autorizan a las partes a pactar libremente el procedimiento, sede y ley aplicable, respectivamente, así:

“Artículo 92. Determinación del procedimiento. Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.

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

“Artículo 93. Sede del arbitraje. Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas.”

“Artículo 101. Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.

El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

Se anota que en lo referente a la normatividad aplicable, cuando una entidad pública interviene en el proceso arbitral, la principal restricción que se encuentra en la Ley 1563 de 2012 se refiere a que **en cualquier caso los**

¹¹ Véase *Cour de Cassation*, Sala Civil, Caso *Inserm*, sentencia de 26 de enero de 2011, publicada en *Bulletin*, 2011, I, N°15; *Cour de Cassation*, Sala Civil, Caso *Matter*, sentencia de 17 de mayo de 1927, publicada en *Dalloz Périodique*, 1928, págs. 1-25.



MEMORANDO

Versión 1

árbitros deben fallar en derecho y no en equidad, en los términos del artículo 1º de la citada ley, en concordancia del literal a) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

En línea con esto, la doctrina colombiana especializada en la materia, ha señalado que *“tales reglas o reglamentos no corresponden a la ley interna de un Estado y, por el contrario, hacen alusión a los estatutos o reglamentación interna de organismos internacionales”*¹². Por ende, tales reglamentos son, en esencia, modelos contractuales y nada obsta para que en cada uno de ellos se incluya una cláusula compromisoria y que en ella se regulen aspectos relacionados con la ley del contrato, la sede del tribunal y el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.

En este punto, es necesario referirse a las disposiciones previstas en el Estatuto de Contratación Pública Colombiana, y en particular a los reglamentos de los organismos multilaterales, dado que el presente concepto se refiere en uno de sus puntos a este aspecto.

Frente a este punto la Ley 1150 de 2007 dispone en el Parágrafo 1º del artículo 20 que *“los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.”* Respecto a esta norma, el artículo 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015 precisa que la posibilidad de aplicar dichas reglas de los organismos internacionales estará disponible sin importar el porcentaje del contrato financiado con los recursos por éste aportados.

Si bien el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 no ha sido objeto de demandas de constitucionalidad y por ende objeto de pronunciamientos de la Corte Constitucional, la norma que la antecedió y que derogó si lo fue. Se tiene entonces que en Sentencia C-249 de 2004 se declaró la exequibilidad del inciso 4º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, ocasión en la que se explicó que *“tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación”* y que la misma tiene fundamento en el hecho que precisamente Colombia hace parte de dichas organizaciones internacionales u organismos multilaterales.

Igualmente, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone de manera general que los contratos celebrados por entidades públicas colombianas en el exterior se regirán por las normas de donde se suscriban, salvo que se ejecuten en Colombia, así como también que, celebrado el contrato en Colombia, pero ejecutado en el exterior, podrá tenerse como ley del contrato la extranjera. Frente a esta disposición también se pronunció la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-249 de 2004, precisando que mientras la obligatoriedad de la aplicación de la normatividad colombiana se pregona de contratos ejecutados en el país, resulta acorde con la Constitución que en desarrollo del principio de territorialidad y de forma optativa, pueda establecerse que en contratos ejecutados en el extranjero aplique una normatividad diferente.¹³

¹² Aljure Antonio, *“Contrato de empréstito internacional”*, en *“Estudios contemporáneos de derecho internacional privado”*, Legis, Bogotá, 2016, pág. 167-168.

¹³ Explicó la Corte Constitucional que: *“Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución-en país extraño-de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del*



MEMORANDO

Versión 1

A ello se suma que, para el caso de operaciones de crédito público, se cuenta con una norma especial referida al juez del contrato, contenida en el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80. Ésta dispone que *“las operaciones a que se refiere este artículo y que se celebren para ser ejecutadas en el exterior se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos.”*

Aunado a lo anterior, se encuentra que en el documento sobre *políticas de contratación del BID GN-2449-9*, en el cual se establecen los parámetros para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por este organismo, dispone en la sección 2.43 que, en los contratos celebrados con cargo a dichos fondos, se deberán incluir estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para la solución de controversias. En esa medida, se entiende que la normatividad del financiador si bien establece la forma de contratación de las obras¹⁴, deja en manos de las partes la definición de la ley del contrato en particular.

Así las cosas y sin desatender las limitaciones contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública, en el caso de que los contratos se entiendan ejecutados en el exterior las partes están en plena libertad de escoger la ley aplicable, destacándose que, como lo ha señalado la doctrina, *“en la práctica internacional los bancos prestamistas incluyen dentro de sus términos y condiciones una cláusula de electo iuris por la cual escogen la ley aplicable, que en términos generales corresponde a la del Estado de Nueva York o la de la City de Londres, verdaderas capitales financieras del mundo”*¹⁵.

Se anota que, en cuanto a la sede y procedimiento arbitral, ni el Estatuto de Arbitraje ni el de Contratación Pública imponen limitaciones especiales, debiendo entonces verificarse si se dan o no los criterios para la procedencia del arbitraje internacional y que fueron expuestos anteriormente.

Ahora bien, las normas generales de los financiadores sí contienen disposiciones particulares respecto del procedimiento y sede del tribunal. Así, las Normas Generales del BID disponen que la sede será Washington D.C. y que los árbitros estarán facultados para determinar el procedimiento aplicable.¹⁶ Por su parte, en el caso del BIRF se otorga mayor libertad, dado que la sede y procedimiento serán establecidos por el tribunal¹⁷, lo cual se estudiará en el capítulo correspondiente.

derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa.”

¹⁴ Licitación internacional como regla general, según lo dispone la Sección 1.3, Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2449-9.

¹⁵ Op.Cit. Pág. 165.

¹⁶ Documento: Normas Generales para Préstamos de Inversión con Capital Ordinario (CO) para Repúblicas y Otras Entidades con Garantía Soberana, Sección 12.03.

¹⁷ IBRD Policy, General Conditions for IBRD, Financing: Investment Project, Financing (2017), Section 8.04(f).

MEMORANDO

Versión 1

2. Calidades de los árbitros

En materia de arbitraje internacional, la Ley 1563 de 2012 en el capítulo III el cual se ocupa de la materia, establece que el nombramiento de los árbitros podrá ser libremente determinado por las partes, incluso el número de integrantes del tribunal arbitral, que, en todo caso deberá ser impar. De igual manera se establece que no es obstáculo para la designación, la nacionalidad de los árbitros ni la profesión de éstos.

A su turno y de acuerdo a lo establecido en las normas generales de los contratos de préstamo del BID¹⁸ (artículo 12.01), se tiene que allí se señala expresamente la manera en que va a realizarse la integración del tribunal arbitral, disponiéndose que cada parte designará a un árbitro, mientras que el tercero lo será por medio de acuerdo directo entre las partes o por acuerdo entre los árbitros previamente designados; a falta de este acuerdo, corresponderá al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos la designación.

Así mismo y referido a los contratos financiados con recursos obtenidos del BID, el documento sobre políticas de contratación del BID GN-2449-9 indica que *"el arbitraje comercial internacional puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias"*, sin perjuicio de lo cual el BID no podrá ser árbitro ni solicitársele que designe a uno o varios de ellos.¹⁹

También resulta relevante la referencia a las Condiciones Generales para los Proyectos Financiados por el BIRF donde si bien se establece un mecanismo para la conformación del tribunal, no se establecen calidades particulares que deben exigírseles a los árbitros. Así, se establece que el financiador designará un árbitro y el prestatario otro; nuevamente se establece que el tercer árbitro será designado por acuerdo entre las partes y, a falta de esto, por el presidente de la Corte Internacional de Justicia o el Secretario General de las Naciones Unidas.²⁰

Por su parte, la Directiva 002 del 17 de noviembre de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital establece que las entidades distritales no podrán nombrar como árbitro a un abogado que, en otro proceso, funja como contraparte de una entidad u organismo distrital, así como tampoco a un abogado que, para ese momento, se desempeñe como árbitro en 3 o más tribunales en los que una entidad distrital sea parte. **A ello se suma que para el caso específico del arbitramento internacional y siempre y cuando éste tenga sede en Colombia, se exige que los árbitros acrediten "conocimiento de la legislación colombiana y experiencia específica en la controversia."**

En todo caso y sin perjuicio de las disposiciones procedimentales específicas que apliquen en cada caso, se considera útil tener como referencia el artículo 16 de la Ley 1563 de 2012, el cual si bien es sólo aplicable a arbitraje nacional, dispone que no podrán fungir como árbitros aquellas personas que se encuentren incursas en

¹⁸ Documento: Normas Generales para Préstamos de Inversión con Capital Ordinario (CO) para Repúblicas y Otras Entidades con Garantía Soberana

¹⁹ Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2449-9, Sección 2.43.

²⁰ IBRD Policy, General Conditions for IBRD, Financing: Investment Project, Financing (2017), Section 8.04(c).

40



MEMORANDO

Versión 1

una causal de impedimentos y que por ende sean recusables, así como tampoco quienes se encuentren inhabilitados disciplinariamente o quienes hayan faltado al deber de información de que trata dicha ley.²¹

IV. EXEQUÁTUR (RECONOCIMIENTO) EN EL MARCO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESCRIPCIÓN

El procedimiento del exequatur o de reconocimiento (éste último cuando se trata de laudos internacionales) se da cuando una persona le solicita a la autoridad judicial competente reconocer un laudo extranjero a efectos de poder ejecutarlo en un territorio distinto al que fue proferido.

De conformidad con el artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, la competencia será de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para el reconocimiento y ejecución en el territorio nacional de laudos arbitrales internacionales y del Consejo de Estado cuando intervenga una entidad pública como es el caso de la EMB.

De este asunto, en el caso colombiano, se ocupa el Estatuto Arbitral en cual guarda coherencia con lo dispuesto en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Así las cosas, el Estatuto Arbitral estableció en su artículo 111, numeral 1, que “*un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente a solicitud de la parte interesada*”.

Las condiciones para que un laudo extranjero sea reconocido en Colombia están descritas en el artículo 111 del Estatuto Arbitral de la siguiente manera:

“Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:

- 1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada.*
- 2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de él. Si el laudo no estuviere redactado en idioma español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma.*
- 3. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser*

²¹ Dispone el artículo 16 de la Ley 1563 de 2012: “*Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior. En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de lo previsto en el inciso anterior las causales de impedimento y recusación previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*”



MEMORANDO

Versión 1

*ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento”.*²²

Conforme al artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, el juez competente para conocer los del reconocimiento y ejecución de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede por fuera de Colombia y en los que sea parte una entidad pública colombiana, será la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

A su turno y bajo la normatividad colombiana, para que sea denegado el reconocimiento de un laudo extranjero, la carga de la prueba se encuentra en principio asignada a la parte que se opone al reconocimiento, sin perjuicio de que en casos específicos, el juez esté facultado para comprobar directamente la existencia de una causal que impida el reconocimiento. Así, el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012 establece que quien se opone al reconocimiento deberá probar alguna de las siguientes situaciones:

- Incapacidad al momento de aceptar el arbitraje.
- Nulidad del compromiso o cláusula compromisoria a la luz de la ley del contrato o, a falta de precisión sobre ésta, a luz de la ley del país donde se adelantó el arbitraje.
- Indebida notificación del inicio del arbitraje o de la designación de un árbitro, o en general impedimento para hacer valer sus derechos dentro del proceso.
- El haberse excedido en el laudo el ámbito del pacto arbitral.
- El que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se hubiera ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del lugar donde se adelantó el arbitraje.
- La anulación o suspensión del laudo
- por la autoridad judicial del país sede del arbitraje o, en general, que el laudo no es aún obligatorio para las partes.

Adicionalmente, el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012 dispone que el juez, de oficio, podrá negar el reconocimiento cuando encuentre que la controversia no era susceptible de ser resuelta por medio de arbitraje o que el reconocimiento y ejecución del laudo sería contraria al **orden público internacional de Colombia**.

Para un mejor entendimiento del concepto de *orden público internacional de Colombia*, cabe anotar que la causal de denegación se refiere al orden público conformado por un grupo de disposiciones extraídas de las normas de orden público colombiano, que, por su especial relevancia, importancia o trascendencia, no pueden ser desconocidas por las leyes extranjeras o normas transnacionales contenidas en el laudo arbitral cuyo reconocimiento se solicita.²³ Se trata entonces de un referente de control, de modo tal que si se profiere un

²² Precisamos que, conforme al numeral tercero, un laudo no puede ser objeto de reconocimiento y anulación, ambos ante la jurisdicción colombiana. Ahora bien, tampoco puede suprimir toda instancia de revisión judicial en Colombia, razón por la cual el reconocimiento procederá en caso de que se haya renunciado a la anulación.

²³ Ximena Herrera-Bernal. “Arbitrabilidad objetiva”. El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de sus 50 aniversario. Ed. Abeledo-Perrot. 2008. Pág 202



MEMORANDO

Versión 1

laudo arbitral violatorio del orden público -desde el punto de vista sustantivo o procesal- esta comprobación bastará para denegar su reconocimiento y ejecución.

Es importante anotar que en caso de que se pretenda ejecutar no un laudo arbitral, sino una sentencia proferida en el exterior, el procedimiento aplicable será el del exequátur.

V. POSIBILIDAD DE SOMETER CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO A LA JURISDICCIÓN DE CORTES EXTRANJERAS BAJO DERECHO COLOMBIANO.

Tal y como se explicó anteriormente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 13 y 41 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, los contratos que resulten de operaciones de crédito externo en general y aquellos que se suscriban con personas extranjeras de derecho público en particular o se ejecuten por fuera de Colombia, pueden someterse a la ley y/o jurisdicción de otro país.

Es importante anotar que, como también se expuso anteriormente, en caso de que se pretenda ejecutar una sentencia extranjera en Colombia, deberá agotarse el procedimiento de exequátur en los términos descritos en la sección anterior.

En atención a lo ya expuesto, es posible que en los Contratos de Crédito se pacte como ley del contrato una ley extranjera, así como también que se delegue en autoridades foráneas la resolución de conflictos. Ahora bien, anotamos que esto último implicaría que la eventual ejecución del deudor -principal pretensión tratándose financiamiento- requeriría de una declaración en el exterior, seguida de una validación de la decisión en Colombia (exequátur).

Por su parte, al pactarse una normatividad extranjera como ley del contrato haría sentido que las disputas relacionadas con los Contratos de Crédito fueran de conocimiento de un juez con conocimiento de la respectiva normatividad, debiéndose advertir sobre las dificultades que podrían surgir de la aplicación de normatividad extranjera por parte de un juez local. Anotamos que en las normas generales del BID, el BIFR y el BEI se deja a elección de las partes la definición de la ley aplicable, esto como parte de las respectivas cláusulas de resolución de controversias.

VI. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 002 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2016 DE LA SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL.

En atención a la Directiva 002 del 17 de noviembre de 2016 de la Secretaría Jurídica Distrital, en virtud de la cual se establecen lineamientos en materia de pactos arbitrales, dentro de los cuales se encuentra el pronunciamiento previo de esta Oficina respecto a la viabilidad de la inclusión de dicho pacto en el correspondiente contrato, procederemos a emitir el presente concepto en los siguientes términos:

1. Es importante tener en cuenta que el arbitraje se caracteriza por su celeridad; por la especialidad de los operadores quienes disponen de total dedicación al caso y porque la decisión que toman a través de laudos se asimila a la de una sentencia judicial, es decir, presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.



MEMORANDO

Versión 1

2. Del contrato de concesión.

De conformidad con las apreciaciones antes señaladas se concluye lo siguiente:

- a) En el presente caso y en el marco del Contrato de Concesión resulta posible acordar que las disputas relacionadas con éste sean sometidas a un **tribunal de arbitraje nacional** en la medida en que tanto la Ley 1563 de 2012 y la normatividad distrital así lo permiten; siempre y cuando la controversia no se refiera a la legalidad de actos administrativos expedidos con motivo del ejercicio de facultades excepcionales.
- b) Así mismo, EMB se encuentra legalmente habilitada para pactar el arbitraje internacional. Sin embargo, se encuentra que difícilmente se dan los criterios para que éste se active dado que las partes del Contrato de Concesión tendrían sus domicilios en Colombia y el lugar de cumplimiento de las obligaciones sería también el territorio colombiano. Por su parte y en cuanto al tercer criterio de internacionalidad, si bien es cierto que la inversión extranjera del concesionario y/o que el suministro requerido para la construcción de la PLMB implica la transferencia de bienes desde el exterior, en la actualidad no existe aún certeza sobre su aplicación y por tal razón no encontramos que existan suficientes bases para invocarlo como justificación para la celebración de un procedimiento de arbitraje internacional. Si ellas se presentaren, deberá incluirse en los respectivos estudios previos el análisis de la conveniencia de esta modalidad de arbitramento.

Si bien el arbitraje internacional permite que las partes acuerden la ley bajo la que se solucionarán las controversias, la normatividad aplicable a las entidades públicas como EMB impone ciertas limitaciones en la materia. Así y atendiendo que el Contrato de Concesión sería ejecutado en Colombia, **la normatividad aplicable deberá ser la colombiana**. Esto en la medida en que no se dan ninguno de los criterios previstos en la Ley 80 de 1993 o Ley 1150 de 2007 para la aplicación de normas extranjeras.

3. Contratos de crédito con la Banca Multilateral

En lo que atiene a los Contratos de Crédito, al suscribirse con bancos multilaterales de desarrollo domiciliados por fuera de Colombia, se cumpliría con al menos uno de los criterios previstos en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 para ser calificado como internacional.

A ello se suma que, tratándose de los Contratos de Crédito, podría también considerarse como cumplido el segundo criterio para la procedencia del arbitraje internacional, dado que la ejecución de la operación de crédito público tendría lugar por fuera de Colombia, o al menos la mayor parte de ella. Al respecto es importante tener en cuenta que los desembolsos y los pagos de este tipo de créditos por lo general son efectuados por fuera del territorio colombiano.



MEMORANDO

Versión 1

A manera de **conclusión** se tiene:

a) *Ley sustancial aplicable al contrato*

Teniendo en cuenta que la ley sustancial aplicable al contrato define la ley de fondo conforme la cual será resuelta la controversia, es necesario que las partes definan la misma. De lo contrario, ante la ausencia de pacto, será el tribunal arbitral que establezca la ley sustancial más conveniente acorde a las circunstancias del caso.

Dado que el Banco Mundial es un organismo multilateral, los “*General Conditions*” del Banco Mundial no establecen una ley sustancial aplicable por defecto, y considerando que hay dos (2) entidades del orden ejecutivo colombiano como partes de la negociación **sugerimos que la ley aplicable sea la ley colombiana.**

La aplicación de la ley colombiana facilitará establecer con mayor facilidad el alcance y efectos de una posible controversia entre las partes, así como se propenderá por una protección especial del Estado por su calidad de parte pública, en caso de que surja una diferencia entre las partes.

No sugerimos el pacto de una ley sustancial sobre la cual las partes no tengan un conocimiento profundo pues ello puede acarrear notables riesgos en cuanto al análisis y resolución de la controversia. Es preferible pactar una ley neutral a los intereses de las partes.

b) *Sede y procedimiento al que se sometería el arbitraje internacional.*

Ni la ley ni las políticas y normas generales de los financiadores establecen parámetro alguno. La excepción son las Normas Generales del BID en el que si bien se deja la definición del procedimiento en manos de los árbitros, se requiere que el tribunal tenga asiento en Washington D.C.

En tal sentido, **para la sede del arbitraje, sugerimos que sede del arbitraje sea Colombia** dado que Colombia es estado parte de la convención de Nueva York, lo que facilita el reconocimiento y ejecución del laudo. Si se pacta como sede del arbitraje Colombia, el laudo arbitral no estará sujeto a reconocimiento.

Así mismo, la legislación colombiana en materia de arbitraje tiene tendencia a la protección del arbitraje (*pro-arbitraje*) y en los últimos años ha mostrado una tendencia a la aplicación de las tendencias contemporáneas en materia de arbitraje internacional. De conformidad con lo anterior, habría facilidad en cuanto al trámite de medidas cautelares y preliminares, distinto a si la sede del arbitraje tiene una sede distinta a Colombia.

En caso contrario, sugerimos que la sede del arbitraje sea un estado que forme parte de la Convención de Nueva York con el fin de procurar el reconocimiento y ejecución del laudo con mayor facilidad, y que se propenda por una sede que tenga tendencia a procurar la protección del arbitraje y brinde apoyo al procedimiento (*i.e. Francia o Estados Unidos*).

En cuanto al **reglamento de arbitraje aplicable**, es necesario señalar que el pacto del reglamento de arbitraje aplicable no está sujeto al pacto de la legislación sustancial aplicable y la sede del arbitraje. Es posible pactar la



MEMORANDO

Versión 1

legislación colombiana aplicable y al mismo tiempo pactar como sede del arbitraje Colombia y reglamento aplicable el de otro estado u otro centro arbitral. En todo caso, es necesario tener en cuenta que el pacto de la sede y de la legislación aplicable al contrato influyen en la decisión de fondo del caso y los efectos del laudo arbitral (anulación y reconocimiento del laudo arbitral). En tal sentido, sugerimos aplicar el **reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá**.

c) *Calidades de los árbitros*

Las políticas y normas generales antes referidas no contienen una regulación específica al respecto, siendo los únicos elementos aquellos previstos en la Directiva Distrital y la Ley 1563 de 2012 como guía en la materia. Así, la instrucción distrital dispone que, en caso de que el arbitramento internacional tenga asiento en Colombia, deberá verificarse que los **árbitros tengan conocimiento de la legislación nacional y experiencia aplicable a la controversia en particular**, a lo que se suma la disposición en el sentido de que la entidad no podrá designar como árbitro a quien, en ese mismo momento, funja como contraparte de entidades distritales en otro proceso, así como tampoco quien ya sea árbitro en 3 o más tribunales en los que una entidad distrital sea parte. Por su parte y como elemento puramente referencial se considera que se puede usar como guía lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1563 de 2012 a efectos de evitar el nombramiento de árbitros que estén incurso en causales de inhabilidad o conflicto de interés.

Cordialmente



LUISA FERNANDA MORA MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Copia: Dr. Andrés Escobar Uribe – Gerente General

Elaboró: Adriana María Plazas Tovar - Abogada Oficina Asesora Jurídica *xl*