

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

TRIBUNAL ARBITRAL DE

CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.

Vs.

DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE

LAUDO ARBITRAL

TRÁMITE 131153

BOGOTÁ, D. C., 29 DE SEPTIEMBRE DE 2022

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES	3
1. Partes procesales, representantes y apoderados	3
1.1. Parte demandante.....	3
1.2. Parte demandada.....	3
2. El contrato origen de las controversias	3
3. Los pactos arbitrales invocados	4
4. Las controversias sometidas al arbitraje	5
5. El trámite del proceso arbitral	10
5.1. La designación del árbitro único	10
5.2. Instalación	10
5.3. Admisión de la demanda.....	11
5.4. Contestación de la demanda.....	11
5.5. Audiencia de honorarios	11
5.6. Primera audiencia de trámite.....	11
5.7. Pruebas solicitadas y decretadas	12
5.8. Cierre etapa probatoria.....	13
5.9. Alegatos de Conclusión	14
6. Término de duración del proceso	17
7. Audiencia de Laudo Arbitral	17
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.	18
1. Respecto del pacto arbitral en la legislación colombiana	18
2. Consideraciones sobre la carga de la prueba	19
3. La carga de la prueba del pacto arbitral	24
4. Existe libertad probatoria para demostrar la existencia de la cláusula compromisoria 25	
5. La voluntad real, su manifestación y el consentimiento en el pacto arbitral	30
6. El Tribunal no distribuyó la carga de la prueba	38
7. Prueba de la cláusula compromisoria en el caso concreto	42
7.1. Posiciones de las partes y consideraciones del Tribunal respecto de las mismas.....	42
7.2. Apreciación en conjunto de las pruebas.	48
III. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	53
IV. PARTE RESOLUTIVA	54

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., 29 de septiembre de 2022.

Agotado el trámite arbitral, procede el Tribunal Arbitral a proferir el Laudo que en derecho termina el proceso entre CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A., como parte convocante, y DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE, como parte convocada.

I. ANTECEDENTES

1. Partes procesales, representantes y apoderados

1.1. Parte demandante

- CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A., identificada con NIT. 860.068.182-5, representada legalmente por Pablo Ospina Sorzano, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.414.647.
- La sociedad demandante otorgó poder al doctor Juan Pablo Riveros Lara, identificado con C.C. 79.242.875 y T.P. 71.774 del C. S. de la J.

1.2. Parte demandada

- Daniel Fernando Argüelles Tangarife identificado con C.C. No. 79.724.600.
- La parte demandada otorgó poder a la doctora Diana Cecilia Puerto Pinzón, identificada con C.C. 1.020.779.369 y T.P. 292.844.

2. El contrato origen de las controversias

El proceso encontraría fundamento en los alegados pactos arbitrales contenidos, de una parte, en el documento denominado *“OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO EN EL MERCADO DE DERIVADOS DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A.”*, que habría sido suscrito el 27 de julio de 2017; y, de otra, en el documento llamado *“OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO ANTE LA CÁMARA*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. – CRCC S.A.”, que habría sido suscrito en la misma fecha.

3. Los pactos arbitrales invocados

En los alegados contratos a que se hizo referencia en el numeral anterior, se habría establecido, respectivamente, lo siguiente:

“NOVENA. Cláusula Compromisoria. Todas las diferencias que ocurran entre las partes con ocasión de la presente Oferta, una vez aceptada, y que no puedan solucionarse por acuerdo directo entre ellas, en un plazo que no podrá exceder de dos (2) meses contados a partir de la fecha del evento que generó la diferencia, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento. Cuando la cuantía de las pretensiones supere los mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia, el Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, los cuales serán designados por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses de acuerdo directo, o a falta de acuerdo, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de que la cuantía de las pretensiones sea igual o inferior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia, el Tribunal de Arbitramento estará conformado por un (1) árbitro, el cual será designado por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses de acuerdo directo, o a falta de acuerdo, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El o los árbitros serán Abogados inscritos y fallarán en derecho. El Tribunal de Arbitramento tendrá sede en la ciudad de Bogotá y se regirá por las leyes colombianas.” y,

“DÉCIMA CUARTA Cláusula Compromisoria. Todas las diferencias que ocurran entre las partes con ocasión de la presente Oferta, una vez aceptada, y que no puedan solucionarse por acuerdo directo entre ellas, en un plazo que no podrá exceder de dos (2) meses contados a partir de la fecha del evento que generó la diferencia, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento. Cuando la cuantía de las pretensiones supere los mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

el Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, los cuales serán designados por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses de acuerdo directo, o a falta de acuerdo, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de que la cuantía de las pretensiones sea igual o inferior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia, el Tribunal de Arbitramento estará conformado por un (1) árbitro, el cual será designado por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses de acuerdo directo, o a falta de acuerdo, por sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El o los árbitros designados serán Abogados inscritos y fallarán en derecho. El Tribunal de Arbitramento tendrá sede en la ciudad de Bogotá y se regirá por las leyes colombianas.”

4. Las controversias sometidas al arbitraje

4.1. En la demanda se incluyeron las siguientes pretensiones:

“(…) Primera. Que se declare que la (SIC) DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE aceptó de manera inequívoca (i) la “OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO EN EL MERCADO DE DERIVADOS DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A.” y (ii) la “OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO ANTE LA CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. – CRCC S.A.”-

Segunda. Que se declare que la aceptación por parte de DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE de los documentos denominados “OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO EN EL MERCADO DE DERIVADOS DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A.” y “OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO ANTE LA CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. – CRCC S.A.”, dio origen a dos Contratos entre CREDICORP y DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE.

Tercera. Que de conformidad con las pretensiones primera y segunda se declare que los Contratos entre las partes que surgieron de la aceptación de la OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO EN EL MERCADO DE DERIVADOS DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A. y la OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO ANTE LA CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. – CRCC S.A.”, se encuentran vigentes.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Cuarta. Que se declare que el documento de CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS EN OPERACIONES DE DERIVADOS suscrito por DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE hace parte integral de los Contratos celebrados entre CREDICORP y DANIEL ARGÜELLES TANGARIFE, tal como lo indica el párrafo introductorio del mismo.

Quinta. Que se declare que CREDICORP cubrió íntegra y oportunamente, con recursos de su propio patrimonio en su calidad de Miembro de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte y en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y reglamentarias, estas últimas aceptadas como parte de sus Contratos por parte del señor DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE, la totalidad de los faltantes económicos que se generaron debido al no cubrimiento íntegro y oportuno de las liquidaciones diarias y garantías necesarias ante la Cámara de Riesgo Central de Contraparte por parte de DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE según lo expresado en los hechos de la demanda

Sexta. Que se declare que DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE incumplió en forma grave sus obligaciones contractuales debido a su renuencia a cumplir con el cubrimiento íntegro y oportuno de las liquidaciones diarias y las garantías que le fueron solicitadas para mantener sus posiciones como Tercero interviniente en el mercado de derivados ante la Cámara Central de Riesgo de Contraparte, de manera particular aunque simplemente enunciativa las previstas en las cláusulas segunda, tercera y sexta de la “OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO EN EL MERCADO DE DERIVADOS DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A.”, segunda, tercera, octava y décima tercera de la “OFERTA DE SERVICIOS PARA QUE UN MIEMBRO PARTICIPE POR CUENTA DE UN TERCERO ANTE LA CÁMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE DE COLOMBIA S.A. – CRCC S.A.”, y las contenidas en los anexos denominados CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS EN OPERACIONES DE DERIVADOS y AUTORIZACIÓN PARA CELEBRAR O REGISTRAR OPERACIONES SOBRE CONTRATOS DE DERIVADOS EN EL MERCADO DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A.

Séptima. Que se declare que CREDICORP tiene pleno y legítimo derecho a percibir las comisiones generadas por la ejecución de las operaciones en el mercado de derivados en nombre de DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE de conformidad con los términos y condiciones de los contratos vigentes entre las partes.

Octava. Que como consecuencia de accederse a las declaraciones solicitadas anteriormente o a algunas de ellas, se condene a DANIEL ARGÜELLES a reconocer y pagar a favor de CREDICORP, dentro de los 3 días siguientes al de la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso, los faltantes patrimoniales que la convocante debió asumir con su propio patrimonio ante la Cámara Central de Riesgo de Contraparte y que corresponden a:

- (i) La cantidad de \$158,133,565.12 por concepto de los dineros que ha debido pagar a la CRCC según lo relatado en los hechos de la demanda y que fueron asumidos por CREDICORP;*
- (ii) La cantidad de \$335,580.00 por concepto de comisiones adeudadas a CREDICORP; y*
- (iii) La cantidad de por concepto de \$ 1,342.32 cobros de comisiones en operaciones GMF.*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Novena. Que se condene a DANIEL ARGUELLES al reconocimiento y pago a favor de CREDICORP, dentro de los 3 días siguientes al de la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso, de intereses de mora sobre las sumas a que se refiere la pretensión anterior, desde el día 1 de mayo de 2020 y hasta cuando su pago efectivo se verifique a favor de la parte convocante.

En subsidio de la anterior pretensión y en todo caso con el fin de atender el principio de reparación integral del daño, solicito que, de no accederse al pago de intereses moratorios sobre los montos de las condenas que se hayan de imponer al señor DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE, se le condene:

- (i) al pago del interés corriente bancario, o;*
- (ii) al pago del interés moratorio previsto en el Código Civil, o;*
- (iii) al pago del interés de plazo previsto en el Código Civil, o;*
- (iv) al pago de la diferencia entre el IPC vigente el 1 de abril de 2020 y el que rija a la fecha de expedición del laudo.*

Décima. Que al demandado DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE se le condene al pago de intereses moratorios a la más alta tasa permitida por la ley sobre todas y cada una de las condenas económicas que le sean impuestas, las cuales deberá pagar desde el cuarto día siguiente al de la ejecutoria del laudo y hasta cuando su pago efectivo se verifique íntegramente y a plena satisfacción de mi representada.

Décima primera. Que se condene a la convocada al pago de las costas y gastos del proceso.”

Credicorp sostiene que el Sr. Argüelles, el 27 de julio de 2017, habría aceptado dos ofertas para realizar operaciones de derivados. Una denominada Oferta de Servicios para que Credicorp participara por cuenta de un Tercero en la Bolsa de Valores de Colombia S.A. — BVC y celebrara operaciones de Derivados; y, otra, llamada Oferta de Servicios para que, CREDICORP, en su condición de miembro de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A. — CRCC S.A., participara en el mercado de derivados por cuenta de un Tercero. La aceptación de las Ofertas se habría dado mediante dos órdenes de compra, enviadas por el Sr. Argüelles a Credicorp, el 27 de julio de 2017.

En virtud de las Ofertas, el Sr. Argüelles habría autorizado a Credicorp para compensar, liquidar y garantizar operaciones de derivados por cuenta y en nombre de aquel. Dentro de las obligaciones del Sr. Argüelles bajo las Ofertas, se encontrarían las siguientes: las de constituir y mantener garantías y fondos para amparar el cumplimiento de las operaciones de derivados; pagar a Credicorp las sumas de las operaciones aceptadas para cumplir con la compensación y liquidación de las operaciones registradas a su nombre; pagar a Credicorp las sumas derivadas de la liquidación diaria

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

de sus posiciones ante la CRCC; y reconocerle a Credicorp sus tarifas y comisiones por sus servicios ante la CRCC. Además de las Ofertas, el Sr. Argüelles habría suscrito un documento denominado Constitución de Garantías en Operaciones de Derivados en las que se habría obligado a constituir y ajustar las garantías pertinentes para celebrar operaciones de derivados.

En virtud de las relaciones contractuales existentes entre el Sr. Argüelles y Credicorp, durante el periodo transcurrido entre diciembre de 2019 y marzo de 2020, el Sr. Argüelles habría ejecutado operaciones de derivados con normalidad hasta la ocurrencia de la pandemia, causada por el Coronavirus, la cual habría afectado las posiciones de los inversionistas en el mercado de derivados. En cumplimiento de las alegadas obligaciones contractuales y del Reglamento de la CRCC, Credicorp habría pagado, entre el 1ro de marzo y el 8 de abril de 2020, los ajustes diarios necesarios para cumplir con las obligaciones de garantía de las posiciones del Sr. Argüelles. Sin embargo, este último no habría cumplido con las obligaciones que estarían a su cargo. En total, tales pagos ascenderían a COP \$158.061.565,12, según constaría en un Estado de Cuenta de Credicorp. A dicho monto se le debería añadir COP \$336.922,32, por concepto de comisiones pendientes de operaciones de derivados, así como COP \$1.342,32, por concepto de cobros de comisiones en operaciones GMF. Tales sumas serían adeudadas a la fecha por el Sr. Argüelles a Credicorp.

4.2. En la contestación de la demanda, se presentaron las siguientes excepciones:

“(...) Excepción de negligencia de la parte demandante e inexistencia de la obligación de constituir las garantías”; “Excepción del principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans”; “Excepción de inexistencia de la obligación de pago”; “Excepción de falta de prueba de la existencia y contenido de la oferta”; “Excepción de mala fe de la parte demandante y posible presunto fraude procesal”.

El Sr. Argüelles por medio de su apoderada contestó lo siguiente en relación con los hechos aducidos por Credicorp en su demanda. Para el Sr. Argüelles, si bien hay certeza respecto de la existencia de una relación contractual con Credicorp, no habría claridad sobre el alcance y las obligaciones derivadas de la misma. Lo anterior, dado que los documentos que Credicorp afirma que corresponderían al contenido de las ofertas aceptadas, no estarían firmados por el Sr. Argüelles y serían simples formatos en blanco, por lo que no le consta que su contenido coincida con lo

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

aceptado por el Sr. Argüelles. En consecuencia, el Sr. Argüelles entiende que no se podrían conocer los términos y obligaciones derivados de la relación contractual ni tampoco la existencia de un pacto arbitral.

El Sr. Argüelles no tendría la obligación de constituir las garantías y pagar las liquidaciones diarias que Credicorp le reclama, toda vez que, en su concepto, sería una obligación facultativa que, en caso de no cumplirse, tendría como consecuencia la orden irrevocable de cerrar las posiciones que estuvieran a nombre del Sr. Argüelles.

De acuerdo con lo anterior, Credicorp habría faltado a su obligación de no cerrar las posiciones del Sr. Argüelles ante la no constitución de garantías al cierre del 11 de marzo de 2020, lo que derivó que las posiciones de aquel se mantuvieran abiertas. Por ende, Credicorp sería el responsable de asumir los costos de mantener dichas posiciones abiertas los días siguientes.

El Sr. Argüelles no reconoce que el saldo negativo en la contabilidad de Credicorp sea atribuible o adeudado por él. Con fundamento en lo anterior, como excepciones de mérito, El Sr. Argüelles se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que no existiría pacto arbitral que le diera competencia al Tribunal y que en el expediente no se encontrarían los documentos contentivos de las ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles, sino simplemente unos formatos en blanco.

Como excepciones de mérito adujo la alegada negligencia de Credicorp por no cerrar y liquidar las posiciones abiertas del Sr. Argüelles ante la ausencia de garantías y a la supuesta inexistencia de la obligación de constituir garantías por parte de este último. De ahí que deba ser Credicorp el que debería asumir las pérdidas derivadas de haber mantenido las operaciones abiertas y no trasladárselas al Sr. Argüelles, pues nadie se puede valer de su propia culpa.

El Sr. Argüelles también alegó la inexistencia de una obligación de pago con respecto de Credicorp. Sostuvo que previo a la presunta orden irrevocable de cerrar las posiciones a causa de la no constitución de garantías, él no adeudaba suma alguna a Credicorp. Por tanto, Credicorp debería asumir los gastos generados de haber mantenido las posiciones del Sr. Argüelles abiertas, pese a la

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

presunta orden irrevocable de cerrarlas y liquidarlas por la no constitución de garantías. En todo caso, el Sr. Argüelles adujo que no habría prueba del alcance de sus obligaciones por la falta de prueba del contenido de las Ofertas aceptadas por él, por lo que el Tribunal no podría declarar un incumplimiento de unas obligaciones cuyo alcance se desconoce.

Finalmente, el demandado señala que Credicorp habría actuado de mala fe al solicitar el pago de obligaciones que presuntamente no le correspondería asumir al Sr. Argüelles. En su concepto, los costos de las garantías debían ser asumidos por Credicorp, ya que ésta habría incumplido con su obligación de cerrar y liquidar las posiciones, ante la ausencia de garantías del Sr. Argüelles.

5. El trámite del proceso arbitral

5.1. La designación del árbitro único

El 27 de agosto de 2021 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá informó al doctor Felipe Suescún de Roa, la designación efectuada por las partes, de común acuerdo para intervenir como Árbitro Único dentro del presente trámite.

El 31 de agosto de 2022 aceptó dicho nombramiento, cumpliendo el deber de información establecido en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, sin que las partes presentaran reparo alguno.

5.2. Instalación

Mediante Auto 1 del 6 de octubre de 2021, el Tribunal Arbitral, conformado por el doctor Felipe Suescún de Roa, se instaló legalmente, nombró como secretario al doctor Julián Felipe Ovalles Cortés y se fijó la sede del Tribunal Arbitral. De igual forma, se reconoció personería tanto al doctor Juan Pablo Riveros Lara, en calidad de apoderado judicial de la convocante, como a la doctora Diana Cecilia Puerto Pinzón, en calidad de apoderada judicial del convocado, se indicaron las direcciones electrónicas de notificación y las reglas procesales aplicables al caso.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

5.3. Admisión de la demanda

Teniendo en cuenta que mediante Auto 2 del 6 de octubre de 2021 la demanda presentada fue inadmitida, la subsanación de la misma fue presentada el 12 de octubre de 2021. Una vez revisada por parte del Tribunal, esta fue admitida mediante Auto 3 del 26 de octubre de 2021.

5.4. Contestación de la demanda

El 29 de noviembre de 2021 se presentó la contestación de la demanda, las excepciones de mérito del caso y la objeción al juramento estimatorio.

De igual forma, se presentó un memorial denominado *“Excepciones previas”*, el cual la parte convocante solicitó, mediante memorial del 1 de diciembre de 2021, que *“el mismo fuera desestimado teniendo en cuenta que por expreso mandato del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, las mismas no son procedentes en el juicio arbitral”*.

5.5. Audiencia de honorarios

Mediante Auto 6 del 10 de febrero de 2022 se fijaron las sumas por concepto de honorarios de Árbitro y del Secretario, e igualmente los gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a cargo de parte convocante y convocada.

Dentro del término legal, únicamente la parte convocante consignó el porcentaje asignado a su cargo el 21 de febrero de 2022. Por lo anterior, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento de este término, el 28 de febrero de 2022, este mismo canceló oportunamente el porcentaje asignado a la convocada.

5.6. Primera audiencia de trámite

Mediante Auto 8 del 7 de abril de 2022 el tribunal decidió declararse competente para conocer y decidir en derecho sobre las pretensiones contenidas en la demanda arbitral presentada por CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A., como parte convocante, y DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE, como parte convocada.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Respecto de dicho Auto, la apoderada de la parte convocada interpuso recurso de reposición con la finalidad de revocar el mismo y que el Tribunal Arbitral declarara su falta de competencia, pues, en su criterio, las ofertas que contendrían el pacto arbitral, las cuales otorgarían competencia al Tribunal, no se encontrarían aportadas al expediente. De igual forma, advirtió que al expediente sólo se habrían allegado formatos sin estar dirigidos al convocado, con espacios en blanco y sin firma, lo que impediría verificar la habilitación a esta justicia arbitral. Finalmente, se indicó que el poder de la parte convocante, al referirse expresamente a los documentos que no obrarían en el expediente, impediría la representación válida de la sociedad convocante.

Al respecto, mediante Auto 9 del 7 de abril de 2022, el Tribunal confirmó el Auto 8 de la misma fecha y se declaró competente para resolver tanto las pretensiones de la demanda, como las excepciones planteadas en la contestación.

5.7. Pruebas solicitadas y decretadas

Mediante Auto 10 del 7 de abril de 2022, el Tribunal Arbitral decretó las siguientes pruebas:

a. Solicitadas en la demanda:

- Documentales: tener como pruebas con el valor que la ley les otorga los documentos aportados con la contestación de la demanda.

- Documentales requeridas a la parte demandada:

(i) Copia de la Oferta de Servicios para que CREDICORP participara por cuenta de la DEMANDADA en la Bolsa de Valores de Colombia S.A. - BVC y celebrara operaciones de derivados, remitida a la CONVOCADA el día 27 de julio de 2017.

(ii) Copia de la Oferta de Servicios para que, CREDICORP, en su condición de miembro de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A. – CRCC S.A., participara en el mercado de derivados por cuenta de la DEMANDADA, remitida a ésta el 27 de julio de 2017.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

- Interrogatorio de Parte de Daniel Felipe Argüelles Tangarife, quien deberá rendir su testimonio en la sede virtual del Tribunal el jueves 2 de junio de 2022 a las 4:00 p.m.

- Testimonio de Marisol Padilla Cortés, quien deberá rendir su testimonio en la sede virtual del Tribunal el jueves 19 de mayo de 2022 a las 4:00 p.m.

b. Solicitadas en la contestación de la demanda:

Documentales: tener como pruebas con el valor que la ley les otorga los documentos aportados con la contestación de la demanda.

- Interrogatorio del representante legal de la sociedad CREDICOR CAPITAL COLOMBIA S.A. o quien haga sus veces, quien deberá rendir su testimonio en la sede virtual del Tribunal el jueves 2 de junio de 2022 a las 4:50 p.m.

- Interrogatorio de Parte de Daniel Felipe Argüelles Tangarife, quien deberá rendir su testimonio en la sede virtual del Tribunal el jueves 2 de junio de 2022 a las 4:00 p.m.

c. Solicitadas con el descorre de la contestación de la demanda:

- Documentales: tener como pruebas con el valor que la ley les otorga los documentos aportados con el descorre de la contestación de la demanda.

- Testimonio de Jaime Ricardo Acosta Pinto, en su calidad de funcionario de la sociedad CREDICOR CAPITAL COLOMBIA S.A., quien deberá rendir su testimonio en la sede virtual del Tribunal el jueves 19 de mayo de 2022 a las 4:50 p.m.

5.8. Cierre etapa probatoria

La etapa probatoria fue cerrada, con la práctica de la totalidad de las pruebas decretadas, mediante Auto 15 del 23 de junio de 2022.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

5.9. Alegatos de Conclusión

En audiencia del 14 de julio de 2022 se recibieron los alegatos de conclusión por los apoderados de las partes, y mediante Auto 16 de la misma fecha, se fijó el 29 de septiembre de 2022 a las 4:30 p.m., para llevar a cabo la audiencia de laudo establecida en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

5.9.1. En sus alegatos de conclusión la parte demandante presentó tres argumentos principales encaminados a demostrar los méritos de sus pretensiones.

El primero relativo al alcance y poder vinculante de los formatos allegados con la demanda. Credicorp se centró en argumentar que los formatos tendrían el mismo contenido que el de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles. Como soporte a su teoría del caso, en primer lugar, Credicorp señaló que el Sr. Argüelles no habría probado que los formatos no correspondieran con lo aceptado por él; labor que, por el contrario, sí habría realizado Credicorp durante el arbitraje.

En concreto, Credicorp habría demostrado lo anterior mediante las siguientes pruebas: (i) la afirmación hecha bajo juramento en el sentido de que el formato correspondería en su contenido con el de la Oferta aceptada; (ii) el testimonio del Sr. Acosta quien habría confirmado que los modelos de ofertas siempre serían los mismos; (iii) el testimonio del Sr. Argüelles en el sentido de que habría aceptado las Ofertas del 27 de julio de 2017, quien, además, no habría demostrado que los formatos allegados tuvieran un contenido distinto a aquellas.

Adicionalmente, Credicorp sostiene que la defensa del Sr. Argüelles se habría basado en el contenido de los formatos de oferta allegados. Como ejemplo de lo anterior, hace referencia a la respuesta a los hechos 1 y 13 de la contestación de la demanda.

Credicorp manifiesta que el Sr. Argüelles no habría cumplido con una orden aparentemente dada por el Tribunal sobre el aporte al proceso del documento contentivo de la Oferta aceptada, en virtud de una supuesta distribución de la carga de la prueba; de ahí que, ante el supuesto incumplimiento de dicha carga, debiera tenerse por probado que los formatos sí corresponderían con el contenido de las Ofertas aceptadas.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

El segundo de los argumentos principales de Credicorp, vertidos en sus alegatos de conclusión, consiste en señalar que aún si no se tuviera certeza de que el contenido de los formatos corresponde con la Oferta aceptada por el Sr. Argüelles, de los documentos de autorización para la Constitución de Garantías en Operaciones de Derivados y de la autorización para Celebrar o Registrar Operaciones sobre Contratos de Derivados en el mercado de la Bolsa de Valores de Colombia, se derivaría la obligación del Sr. Argüelles de constituir y ajustar las garantías y liquidaciones que están en disputa en el presente caso. Lo anterior estaría soportado también en la declaración del Sr. Acosta, quien habría señalado que una de las obligaciones de un tercero, como el Sr. Argüelles, sería la de constituir las garantías y liquidaciones diarias de sus posiciones en la CRCC. Concluye que el recto entendimiento de los dos documentos en cuestión indicaría que la orden irrevocable de cierre se daría cuando el intermediario no dispone de garantías necesarias o no se le atienden las liquidaciones diarias, pero no cuando el tercero decida no constituir las.

El tercer argumento principal de los alegatos de la parte demandante consiste en puntualizar que la conducta del Sr. Argüelles de no constituir las garantías y de atender las liquidaciones, no implicaría automáticamente una orden de cierre de las posiciones de este ante la CRCC. El Reglamento de la CRCC en su artículo 2.1.2 obligaría a Credicorp, en su calidad de intermediario, a cubrir los montos de las presuntas garantías y liquidaciones. En consecuencia, Credicorp tendría derecho al reembolso de dichos montos no pagados por el Sr. Argüelles, los cuales incluirían los honorarios de Credicorp, los cuales estarían liquidados en un certificado del contador de la compañía que fue aportado en la solicitud de arbitraje.

La existencia de esta deuda estaría también demostrada por el hecho de que el Sr. Argüelles en unos acercamientos vía correo electrónico para tratar de conciliar, habría ofrecido una suma de dinero como parte de su propuesta.

5.9.2. En sus alegatos de conclusión la apoderada del Sr. Argüelles presentó los siguientes argumentos, encaminados a desvirtuar la teoría del caso de Credicorp y a explicar por qué debían prosperar sus excepciones a las pretensiones de la demandante.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

En primer lugar, sostuvo que, con base en la regulación del consumidor financiero contenida en la Ley 1328 de 2009, el que debería aportar los documentos contentivos de las Ofertas sería Credicorp, por ser una entidad financiera vigilada, y no el Sr. Argüelles. Dado que Credicorp únicamente habría aportado un formato en blanco, no firmado por el Sr. Argüelles, no se podría conocer el alcance de la relación contractual entre ambas partes.

Adujo que el testimonio del Sr. Acosta no sería conducente para acreditar las obligaciones derivadas de la relación contractual, puesto que no permitía determinar el valor de las comisiones y otras condiciones particulares de las Ofertas. Afirmó también que de la declaración de parte del Sr. Argüelles no se podría derivar prueba alguna o confesión en el sentido de que los formatos allegados al expediente corresponderían a las Ofertas aceptadas por él.

En relación con las respuestas a los hechos presentadas en la contestación de la demanda, sostuvo que de aquellas relativas a los hechos 1 y 13 no se podría derivar una aceptación de que los formatos coincidieran con el contenido de la Oferta aceptada. En el hecho 1 aceptó la existencia de una relación contractual, pero no aceptó que ella fuera necesariamente en los términos de los formatos de las ofertas. En la respuesta al hecho 13, se señala que la cifra mencionada por Credicorp no correspondería con la realidad, dado que, desde su punto de vista, las posiciones del Sr. Argüelles se deberían haber cerrado el 11 de marzo de 2020, como consecuencia de la ausencia de garantías constituidas. Finalmente, sostiene que el Sr. Argüelles no estaría en mejor posición que Credicorp para aportar los documentos contentivos de las Ofertas y que tampoco habría habido una exhibición de documentos que colocara en él la carga de aportarlas.

En relación con la cuestión de la constitución de garantías el Sr. Argüelles sostuvo que, el numeral 6 del documento de autorización para la Constitución de Garantías en Operaciones de Derivados, contendría una obligación facultativa, que permitiría al Sr. Argüelles decidir no constituir las y que dicha decisión se entendería como una orden irrevocable de cierre de las posiciones abiertas. También señaló que no habría prueba de que Credicorp hubiera cubierto el valor de las garantías que supuestamente el Sr. Argüelles tenía la obligación primaria de constituir. En su concepto, la certificación de la contadora de Credicorp no sería prueba de que el dinero hubiera sido

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

desembolsado por la compañía a la CRCC y no habría pruebas adicionales que permitieran comprobar el pago por parte de Credicorp a órdenes de la CRCC.

Finalmente, puntualiza que Credicorp no tendría derecho a que se le restituya suma alguna por parte del Sr. Argüelles, ya que cualquier pérdida sería consecuencia de la propia negligencia de aquella. Lo anterior, ya que las posiciones del Sr. Argüelles debieron haberse cerrado por la no constitución de garantías de su parte y porque no habría prueba de que Credicorp hubiera pagado el valor de las garantías a la CRCC. En relación con el ofrecimiento de una suma de dinero para conciliar por parte del Sr. Argüelles previo al arbitraje, sostuvo que habría sido un intento, que calificó como de buena fe, para resolver la disputa. Señaló, también, que el Sr. Argüelles se habría dado cuenta de que no debía suma alguna y, en consecuencia, no habrían avanzado más las negociaciones previas al arbitraje.

6. Término de duración del proceso

Teniendo en cuenta que las partes no pactaron nada distinto, el término de duración del presente proceso es el dispuesto en la ley 1563 de 2012, en concordancia con el decreto legislativo 491 de 2020, correspondiendo a 8 meses.

Toda vez que la primera audiencia de trámite finalizó el 7 de abril de 2022, en principio la duración del proceso se extendería hasta el 7 de diciembre de 2022. No obstante, debido a la solicitud de suspensión de términos presentada de común acuerdo entre las partes desde la finalización de dicha audiencia hasta el 18 de mayo de 2022 inclusive, el término del proceso se extendió hasta el 19 de enero de 2023. Así, resulta claro que la decisión que resuelve las controversias del presente proceso, se profiere dentro del término legal.

7. Audiencia de Laudo Arbitral

El 29 de septiembre de 2022, previo a iniciar la audiencia de laudo, al igual que en las demás etapas, se realizó el control de legalidad, en donde el Tribunal indicó que las actuaciones del proceso se habían realizado de conformidad con el procedimiento dispuesto en la Ley, sin que se hubiese

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

incurrido en causal alguna de nulidad. Así, en los términos del numeral 12 del artículo 42 del Código General del Proceso y el artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal puso de presente que no existían vicios que configuraran nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

Del control de legalidad se corrió traslado a las partes asistentes. En esta etapa, al igual que ocurrió en los diferentes controles de legalidad realizados a partir de la primera audiencia de trámite, la apoderada de la parte convocada manifestó su posición respecto de la falta de competencia del Tribunal Arbitral. De igual forma, solicitó dejar constancia respecto de esta situación y la eventual nulidad que la misma podría generar dentro del proceso.

A continuación, conforme lo establecido por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, se dio lectura a la parte resolutive del Laudo.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1. Respetto del pacto arbitral en la legislación colombiana

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, *“El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.”*

Basándose en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional ha expresado que uno de los principios más importantes que se derivan de dicho artículo es, precisamente, el de la voluntariedad del arbitraje. Ha puntualizado que *“el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas.”*¹

¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 330 de 2012, 9 de mayo de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

También ha manifestado *“que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que ‘el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.’”*² Y que *“La nota característica de este instituto, requisito que la propia Constitución impone y que la jurisprudencia constitucional ha resaltado (...) está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias - poder habilitante de las partes -. Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal.”*³

El pacto arbitral, entonces, cumple distintas funciones, entre otras: evidencia el consentimiento de las partes de someter sus disputas a arbitraje, materializando así el principio de voluntariedad; le otorga jurisdicción y competencia al tribunal arbitral para que resuelva las controversias sometidas a su conocimiento, en cambio, de que sean los jueces los que lo hagan.

2. Consideraciones sobre la carga de la prueba

La carga de la prueba está relacionada con la noción de carga procesal. En términos generales, una carga procesal se puede entender como una conducta o acto que, si bien no es de cumplimiento obligatorio, no llevarla a cabo puede acarrear consecuencias perjudiciales para la parte sobre la cual recae. Es por esto que se dice que el cumplimiento de las cargas procesales está instituido en interés de la propia parte; es ésta quien tiene la libertad exclusiva de decidir si la cumple, pues no existe un mecanismo coercitivo que la obligue a cumplir.⁴

² Corte Constitucional, Sentencia C – 163 de 1999, 17 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, Sentencia C – 098 de 2001, 31 de enero de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁴ Horacio Cruz Tejada. La Carga de la Prueba y Algunas Cuestiones Problemáticas en su Distribución. ICDP Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. 2015. Págs. 391-392.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

El artículo 167 del Código General del Proceso (“CGP”) establece la regla de conducta de la carga subjetiva de la prueba. Dicha regla está dirigida a los sujetos procesales, toda vez que son las partes las interesadas en aportar las pruebas al proceso tendientes a acreditar los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación buscan.⁵ La carga subjetiva de la prueba es de gran importancia en los procesos judiciales y arbitrales. Esta regla advierte previamente a las partes lo que habrán de acreditar si aspiran a salir victoriosos del proceso. Las partes, en consecuencia, deben cumplir su carga solicitando el decreto y práctica de pruebas en las oportunidades procesales correspondientes y no esperar a que dichos medios provengan de la contra parte o los recaude el juez oficiosamente.⁶ La mencionada disposición también establece una regla de juicio para el juez o árbitro cuando existe un déficit o ausencia de prueba⁷.

Cuando la parte en quien recae la carga de probar determinado supuesto de hecho de una norma no logra alcanzar el estándar probatorio requerido para dar por probado tal supuesto de hecho, el juez debe dar aplicación a una consecuencia desfavorable para dicha parte⁸. En efecto, el juez debe adoptar una decisión adversa con respecto a la parte que ostentaba la carga probatoria, consistente en declarar no probado el hecho y la consecuente inaplicación del efecto jurídico de la norma que la parte sobre quien recaía la carga de la prueba pretendía aplicar⁹.

Así las cosas, cuando existe un déficit o ausencia de prueba de un hecho que interesa al proceso, el juzgador habrá de determinar sobre quién recaía la carga de probar, para así aplicar la llamada regla de juicio, es decir, asignarle a esa parte la consecuencia desfavorable consistente en no aplicar el efecto de la norma cuya aplicación pretendía. Lo anterior, conlleva a preguntarse, de una parte,

⁵ Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso: Pruebas. Tomo III. Dupré Editores. Págs. 47-48; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1301-2022 del 12 de mayo de 2022. Expediente 05001-31-03-008-2015-00944-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Págs. 24-25.

⁶ Fredy Hernando Toscano López. Debates sobre la Carga de la Prueba. ICDP. *Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2020 – Nuevas Tendencias*. Bogotá. 2020. Págs. 1133-1134.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1301-2022 del 12 de mayo de 2022. Expediente 05001-31-03-008-2015-00944-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Págs. 24-25.

⁸ Luis Guillermo Acero Gallego. Controles de Fiabilidad Probatoria. ICDP. *Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2020 – Nuevas Tendencias*. Bogotá. 2020. Págs. 1091-1092.

⁹ Horacio Cruz Tejada. La Carga de la Prueba y Algunas Cuestiones Problemáticas en su Distribución. ICDP *Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. 2015. Pág. 395.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

cuándo existe déficit de prueba de un hecho y, de otra, cuál es el grado de certeza que debe tener el juez para dar por probado un hecho.

Es de resaltar que el CGP no establece un estándar general de prueba en materia civil, sino que simplemente hace referencia en su artículo 176 al método de la sana crítica como criterio de valoración probatoria, que es una etapa anterior en el razonamiento probatorio¹⁰. Sin embargo, el hecho de que el CGP no mencione un estándar de prueba no quiere decir que no exista, ni que no sea necesario. En efecto, para motivar adecuadamente su decisión, el juez necesita un parámetro para afirmar y justificar que un hecho dado ha sido probado o se considere demostrado¹¹.

La doctrina ha llenado ese vacío señalando que normalmente el estándar de prueba en materia civil es el de la probabilidad preponderante o prevalente¹². En virtud de dicho estándar el juez habrá de optar por la teoría del caso que tenga mayor respaldo probatorio respecto de otras hipótesis. Al respecto se ha dicho que: *“De acuerdo con este estándar, la decisión se debe inclinar por aquella versión de los hechos que esté respaldada por un grado de corroboración probatoria mayor, con respecto al que le corresponde a las otras versiones”*¹³. También se ha puntualizado que el estándar en materia civil corresponde a la *“probabilidad preponderante o prevalente, que consiste en que, tras la prueba de un hecho, su existencia ha de aparecer a los ojos de un juez como más probable*

¹⁰ *“El primero es la valoración de la prueba, que se definió como ‘un proceso intelectual realizado por el juez y mediante el cual busca extraer, en la medida de lo posible, la verdad existente detrás de los medios de prueba incorporados en la causa’; en otras palabras, se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. Y el segundo es el estándar de prueba, es decir, el nivel de certeza que debe alcanzar el juez para poder dar por verdadero ciertos presupuestos fácticos sostenidos por las partes dentro del proceso, o como lo define Larroucau: ‘umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso’”*. En Francisco Javier Rivera-Olarte y Lina Fernanda Rojas-Quinayá. Estudio interdisciplinario sobre los Sistemas de Valoración y Estándares Probatorios en el derecho procesal colombiano-. Universidad Cooperativa de Colombia. *Revista DiXi*. Vol. 21. N° 2. 2019. Págs. 41-42.

¹¹ Jordi Ferrer Beltrán. Apuntes sobre el Concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales. Universidad de los Andes. *Nuevas Tendencias del Derecho Probatorio*. 2ª Ed. Bogotá. 2015. Págs. 71-73.

¹² Michele Taruffo. Observaciones sobre la Prueba por Indicios. Universidad de los Andes. *Nuevas Tendencias del Derecho Probatorio*. 2ª Ed. Bogotá. 2015. Pág. 114. Ver también en la doctrina local a Fredy Hernando Toscano López. “La construcción de la sentencia en el proceso por audiencias”. Universidad Externado de Colombia. *Revista de Derecho Privado*, n.º 31. 2016. Pág. 328.

¹³ Michele Taruffo. Observaciones sobre la Prueba por Indicios. Universidad de los Andes. *Nuevas Tendencias del Derecho Probatorio*. 2ª Ed. Bogotá. 2015. Pág. 114.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

que su inexistencia, de tal manera cuando no se alcanza ese grado de convencimiento es cuando nos encontramos ante el hecho dudoso e incierto y será aplicable la regla de juicio.”¹⁴

Es importante precisar que dicho estándar de prueba ha sido adoptado recientemente por la Corte Suprema de Justicia¹⁵. Dicha Corporación ha explicado que bajo el estándar de la probabilidad prevalente no se debe exigir una certeza absoluta sino simplemente una certeza probable para que el juez logre el convencimiento sobre la existencia de un hecho¹⁶. La probabilidad a la que se refiere el estándar debe ser entendida no como una *“probabilidad estadística o cuantitativa de tipo bayesiano porque ésta sólo informa sobre las frecuencias relativas en que ocurre un evento en una sucesión dada, sino de una probabilidad lógica o razonamiento abductivo que permite elaborar hipótesis”*¹⁷. Esa certeza probable al no ser un concepto estadístico se logra prefiriendo la teoría del caso que logre un mayor grado de convencimiento por estar mejor demostrada y ser más plausible, coherente y consistente a partir del análisis conjunto y en contexto de los medios de prueba¹⁸.

Para la Corte, una teoría del caso genera mayor grado de certeza cuando esta no tenga contradicciones, cuente con un alto poder explicativo y sea concordante con las reglas de la experiencia y el contexto en el que se presentaron los hechos. Cuando una hipótesis sobre los hechos del caso tenga esas características debe primar sobre aquellas hipótesis que sean

¹⁴ Horacio Cruz Tejada. La Carga de la Prueba y Algunas Cuestiones Problemáticas en su Distribución. ICDP *Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. 2015. Pág. 397; Piedad González Granda. Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del Art. 217 de la LEC. Tirant Lo Blanch. *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia. 2007. Pág. 44.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. Expediente 11001-31-03-039-2011-00108-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Para un análisis de la sentencia ver: Maximiliano Aramburo Calle. La Confusa Identidad de la Probabilidad Preponderante en la Jurisprudencia: ¿Por qué la responsabilidad médica? IARCE, Tirant Lo Blanch. *Responsabilidad civil y del Estado: Edición conmemorativa 25 años*. Bogotá. 2021. Págs. 385-387.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. Expediente 11001-31-03-039-2011-00108-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág. 49.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. Expediente 11001-31-03-039-2011-00108-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág. 20.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. Expediente 11001-31-03-039-2011-00108-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág. 20.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

inconsistentes, incompletas o incoherentes¹⁹. En relación con la probabilidad prevalente, dicha Corporación puntualizó lo siguiente:

“La carga argumentativa del recurso que denuncia errores probatorios consiste, entonces, en la demostración de la hipótesis fáctica más plausible a partir de la teoría de la probabilidad prevalente; es decir que frente a la imposibilidad material de deducir certezas -por un lado-, y la inadmisibilidad de decisiones inmotivadas o sustentadas en la mera fuerza de la autoridad -por el otro-, han de preferirse las hipótesis que alcanzan un mayor grado de confirmación, plausibilidad, coherencia y consistencia a la luz del análisis contextual de los hechos probados en el proceso.” (énfasis añadido)

De igual forma, este criterio fue adoptado más recientemente en el 2021 por el tribunal arbitral entre Concesionaria Vial del Oriente S.A.S. vs. Seguros Generales Suramericana S.A. y otros²⁰. El tribunal utilizó el estándar de la probabilidad prevalente para definir cuál de las dos posibles hipótesis debía prevalecer. El caso en cuestión versaba sobre la determinación de la causa del colapso de un puente.

La primera de ellas era una colisión de vehículos que, a su turno, generó un golpe a la estructura del puente, lo que ocasionó su caída. La segunda, correspondía a que la causa del colapso eran una combinación de diversos factores tales como sobrepeso, defectos estructurales y una falla en la articulación. Luego del análisis en conjunto de las pruebas del proceso, el tribunal arbitral optó por la primera hipótesis al considerar que la colisión explicaba de mejor forma la caída.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. Expediente 11001-31-03-039-2011-00108-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Pág. 26.

²⁰ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal del caso Concesionaria Vial del Oriente S.A.S. vs. Seguros Generales Suramericana S.A. y otros. Laudo. CCB. Árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía, Fernando Pabón Santander y Sergio Muñoz Laverde. Págs. 141-147.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

En relación con la primera, el tribunal señaló que tenía mayor soporte “(...) desde el punto de vista estructural, como desde la perspectiva de los daños causados a los vehículos (...)”²¹, en comparación con la segunda, la cual no generaba en los árbitros la convicción suficiente.

Las anteriores consideraciones sirven para resolver uno de los problemas jurídicos a los que se tiene que enfrentar el presente Tribunal. Las partes han discutido ampliamente en sus escritos de demanda y de contestación, en la primera audiencia de trámite y en sus alegatos de conclusión, sobre el alcance de las obligaciones de la relación contractual entre Credicorp y el Sr. Argüelles y respecto de la existencia de un posible pacto arbitral que habilitaría a este Tribunal a conocer de la presente disputa.

Es así como el Tribunal debe resolver el siguiente problema jurídico concreto: ¿existe a la luz de las pruebas recaudadas en el proceso un pacto arbitral que habilite al Tribunal para conocer las disputas que le han sido sometidas a su consideración? De este problema jurídico se derivan otros subproblemas teóricos o abstractos, a saber: (i) ¿sobre quién recae la prueba del pacto arbitral?, (ii) ¿existe libertad probatoria para acreditar la existencia del pacto arbitral?; y (iii) ¿existe un estándar de prueba especial para demostrar la existencia del pacto arbitral?

El Tribunal procederá a resolver cada uno de los mencionados problemas jurídicos para, posteriormente, hacer un análisis individual y conjunto de las pruebas practicadas y dar respuesta al problema jurídico general en el sentido de si este Tribunal se encuentra habilitado para conocer de las disputas que le han sometido a su consideración.

3. La carga de la prueba del pacto arbitral

El artículo 12 de la Ley 1563 de 2012 dispone que el proceso arbitral comienza con la presentación de la demanda, la cual deberá venir acompañada del pacto arbitral. En línea con lo anterior, el artículo 20 de la misma ley establece que el tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se

²¹ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal del caso Concesionaria Vial del Oriente S.A.S. vs. Seguros Generales Suramericana S.A. y otros. Laudo. CCB. Árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía, Fernando Pabón Santander y Sergio Muñoz Laverde. Págs.142 y 146.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral. Adicionalmente, dispone que una forma en que la falta de prueba puede ser subsanada es mediante la existencia del pacto arbitral tácito, establecido en el parágrafo del artículo 3. De las anteriores normas se deduce que la carga de la prueba del pacto arbitral corresponde generalmente a la parte demandante y que una excepción es el pacto arbitral tácito.

4. Existe libertad probatoria para demostrar la existencia de la cláusula compromisoria

En virtud de lo dispuesto en los artículos 165 y 168 del CGP, salvo contadas excepciones, la libre utilización de medios probatorios es la regla general en los procesos de naturaleza civil, *“pues es lo usual que se admitan libremente los diversos medios de prueba para demostrar la mayoría de hechos, dado que solo en casos especiales es que la ley exige determinado tipo de prueba (...)”*.²²

Lo anterior es concordante con el artículo 824 del Código de Comercio, el cual establece en materia comercial la consensualidad como regla general. Dicho artículo dispone que los comerciantes pueden expresar su voluntad para contratar u obligarse de cualquier modo inequívoco, incluyendo entre esos modos el hacerlo verbalmente o por escrito, pero sin perjuicio de los casos en los que la ley exija una determinada solemnidad como elemento de la esencia o *“ad substantiam actus”* del negocio jurídico.²³

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal procederá a analizar si existe libertad probatoria en materia mercantil y civil para efectos de probar la existencia de la cláusula compromisoria²⁴. Para ello, es preciso recordar la definición de pacto arbitral y de cláusula compromisoria contenidas en los artículos 3 y 4 de Ley 1563 de 2012, respectivamente.

²² Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso: Pruebas. Tomo III. Dupré Editores. Págs. 115-116 y 130.

²³ Parte de esta norma también está reproducida en el artículo 176 del CGP.

²⁴ Para un recuento histórico acerca de la prueba de la cláusula compromisoria y las diferentes posiciones doctrinales y de las distintas altas cortes puede consultarse a David Namén Baquero. “La forma del pacto arbitral en el nuevo estatuto arbitral nacional colombiano: ¿consensual o solemne?”. Universidad Externado de Colombia. *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 20, N° 1. 2021.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

El pacto arbitral se define como *“un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. (...) PARÁGRAFO. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”*.

Respecto de la cláusula compromisoria la ley dispone lo siguiente: *“La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”*.

De la definición contenida en el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 no se puede inferir que exista solemnidad alguna para el pacto arbitral. Por el contrario, el párrafo de tal artículo menciona lo que la doctrina ha llamado pacto arbitral tácito o ficto. Según tal párrafo es posible presumir la existencia del pacto arbitral simplemente del hecho de que una parte afirme la existencia de éste y que su contraparte no la niegue expresamente en la oportunidad procesal correspondiente. Se deduce que en ese caso en específico el pacto arbitral, en cualquiera de sus modalidades, puede incluso presumirse probado a partir de la conducta de ambas partes, en especial del consentimiento tácito del demandado. En concepto de este Tribunal el pacto arbitral ficto refleja la intención del legislador de flexibilizar la prueba del pacto arbitral.²⁵

Por su parte, la definición de cláusula compromisoria del artículo 4 de la Ley 1563 de 2012, que es la especie de pacto arbitral y que es la que interesa en el caso concreto, establece dos supuestos. El primero, es en el que la cláusula compromisoria forme parte del mismo contrato y, el segundo, es en el que la cláusula consta en un documento separado. Respecto del primero de los supuestos, el Tribunal advierte que la redacción se refiere, entre otros, a los contratos consensuales, en los

²⁵ Imprenta Nacional de Colombia. Gaceta del Congreso N° 542 del 29 de julio de 2011. Pág. 18. Disponible http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_542.pdf.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

términos del artículo 1500 del Código Civil, es decir, aquellos que se perfeccionan con el mero consentimiento.

Lo anterior, además de ser concordante con la intención del legislador de flexibilizar la prueba del pacto arbitral, debe ser interpretado de forma sistemática con la regla general de consensualidad en materia mercantil del artículo 824 del Código de Comercio y ser analizado teniendo en cuenta tanto (i) el principio de interpretación lógica de que “*cuando la ley no distingue no le corresponde al interprete hacerlo*”²⁶, como (ii) el criterio de interpretación de la ley del artículo 28 del Código Civil, según el cual las palabras se deben entender en su sentido natural y obvio. Bajo esos parámetros interpretativos el Tribunal puede concluir que si el contrato puede ser consensual también lo puede ser la cláusula compromisoria, en tanto cláusula integrante del contrato. Esta conclusión, tiene como consecuencia práctica la inexistencia de solemnidades *ad substantiam actus o ad probationem* respecto de una cláusula compromisoria que haga parte de un contrato civil o comercial.

El segundo supuesto del artículo 4 de la Ley 1563 de 2012, aunque no interesa a esta disputa, establece, a diferencia del primero, que la cláusula compromisoria cumpla con unos requisitos adicionales. A saber que (i) conste en un documento separado, lo que no implica que deba constar por escrito, pues la definición de documento contenida en el artículo 243 del CGP es amplia y no se limita únicamente a los escritos sino incluye, entre otros, videograbaciones, grabaciones magnetofónicas y, en general, cualquier objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo; y (ii) que el documento separado debe expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa o inequívoca el contrato al que se refiere.

²⁶ El fundamento de esta regla tiene su origen en el principio democrático de separación de poderes, en tanto que se considera arbitrario que el juez establezca excepciones cuando la ley habla en términos generales, ya que es el legislador al que le corresponde como función principal la creación de la ley y la definición de su alcance. Ver María Isabel Lorca Martín de Villares. Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación Evolutiva o Progresiva de la Norma Jurídica (El Derecho Como Instrumento Del Cambio Social). UNAM. Javier Espinoza de los Monteros y José Ramón Narváez (Coords.). *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*. México. 2016, Págs. 269-270.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

La conclusión de que la cláusula arbitral goza de libertad probatoria cuando hace parte de un contrato también tiene sustento en la doctrina²⁷. Por ejemplo, se ha señalado que incluso en vigencia del Decreto 1818 de 1998 se podía afirmar que la cláusula compromisoria no tenía solemnidad alguna, pues tal norma, al igual que en la Ley 1563 de 2012, mencionaba que la cláusula compromisoria podía hacer parte de un contrato. Por lo que perfectamente la cláusula compromisoria podía ser parte de un contrato verbal.²⁸

Para la doctrina, dos razones principalmente permiten inferir que la intención del legislador es la de permitir la libertad probatoria del pacto arbitral. La primera es que, a diferencia de las normas arbitrales anteriores, la omisión del documento ya no es sancionada con nulidad absoluta o inexistencia —como sí sucedía en los Decretos 1400 de 1970 y 471 de 1971 y las regulaciones anteriores a éstas—. La segunda es que el Estatuto Arbitral al regular la cláusula compromisoria utiliza la siguiente redacción: *“la cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él”*. Al utilizar el verbo modal *“podrá”*, se puede concluir que no es imperativo que la cláusula deba siquiera constar en un documento incluso en la segunda de las hipótesis del artículo 4 de la Ley 1563 de 2012.²⁹

Hay quienes señalan que solo existe solemnidad para la segunda de las hipótesis del artículo 4 de la Ley 1563 de 2012, pues en ella se exige claramente que el compromiso conste en un documento, cosa que no sucede con la primera hipótesis³⁰. Esta conclusión se refuerza con el hecho de que el

²⁷ David Namén Baquero. “La forma del pacto arbitral en el nuevo estatuto arbitral nacional colombiano: ¿consensual o solemne?”. Universidad Externado de Colombia. *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 20, N° 1. 2021. Págs. 25-26, 39-42.

²⁸ Arturo Sanabria Gómez. *“La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje. Oferta y Aceptación”*. Universidad El Rosario, Legis. Mantilla Espinosa, Fabricio (Coordinador) y Eduardo Silva Romero, (Director). *El Contrato De Arbitraje*. Bogotá. 2005. Pág. 156.

²⁹ Gabriel Correa Arango. *Comentarios Al Estatuto De Arbitraje y Amigable Composición / Ley 1563 De 2012*. Temis. Bogotá. 2013. Pág. 45.

³⁰ Jaime Arrubla Paucar. *El Pacto Arbitral*. Grupo Editorial Ibañez. Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa, (eds). *Colección De Arbitraje 360º*. Tomo II. Vol. I. Bogotá. 2017. Pág. 50.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

parágrafo del artículo 3 de la mencionada ley, autoriza la estipulación verbal del pacto arbitral, pues se presume a partir de que solo una parte la afirme y la otra no alegue su inexistencia³¹.

Adicionalmente, la doctrina señala que la cláusula compromisoria puede ser verbal, toda vez que: *“La ley no exige que cuando la cláusula compromisoria hace parte del contrato, la misma conste por escrito. Es suficiente que la cláusula compromisoria haga parte del contrato al cual se refiere. En esta medida si se celebra verbalmente un contrato y en el mismo se conviene que las diferencias se resolverán por arbitraje, la cláusula compromisoria es parte del contrato y por ello es válida.”*³²

Incluso, se dice que la cláusula compromisoria verbal existiría pese a que el contrato verbal sea inexistente³³. La doctrina también acoge, al igual que el Tribunal, la distinción en el tratamiento de las hipótesis del artículo 4 de la Ley 1563 para sostener que a diferencia de la primera hipótesis, esta sí debe constar en un documento e identificar a las partes y al contrato al que se refiere³⁴.

A la posición del Tribunal se llega a partir de una interpretación sistemática, teleológica, histórica, gramatical y basada en el significado ordinario de la letra de la ley, y además está respaldada por un sector importante de la doctrina. La conclusión entonces es que en materia civil y comercial la ley no exige solemnidad alguna para que la cláusula compromisoria exista ni tampoco restringe los medios de prueba disponibles para que las partes puedan probar su existencia. Por tanto, la cláusula compromisoria es consensual cuando hace parte de un contrato civil o comercial.

³¹ Jaime Arrubla Paucar. El Pacto Arbitral. Grupo Editorial Ibañez. Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa, (eds). *Colección De Arbitraje 360º*. Tomo II. Vol. I. Bogotá. 2017. Pág. 50.

³² Juan Pablo Cárdenas. Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. Confecámaras y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2019. Pág. 48.

³³ Juan Pablo Cárdenas. Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. Confecámaras y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2019. 2019. Pág. 48.

³⁴ Juan Pablo Cárdenas. Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. Confecámaras y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2019. 2019. Págs. 48 y 111.

5. La voluntad real, su manifestación y el consentimiento en el pacto arbitral

En el presente caso, la cláusula compromisoria haría parte de dos Ofertas³⁵. Al ser ésta un negocio jurídico, debe cumplir con los requisitos necesarios para su nacimiento. Se debe tratar de una cláusula compromisoria existente y válidamente celebrada, de manera que debe reunir los requisitos legales exigidos para su plena eficacia. Si falta alguno de esos requisitos, el negocio quedará afectado por una causal de inexistencia o de nulidad, según el caso.

En cuanto a la existencia, el acuerdo de las partes debe recaer sobre un objeto determinado y físicamente posible, así como satisfacer las solemnidades sustanciales que la ley impone para su perfeccionamiento. Además, ha de contener los elementos de la esencia según el contrato específico de que se trate. Así las cosas, los requisitos de existencia de los actos jurídicos son los siguientes: (i) el acuerdo de voluntades; (ii) un objeto físicamente posible y determinado; (iii) las solemnidades; y (iv) los elementos esenciales.

La existencia del negocio jurídico estará supeditada a que haya un acuerdo de voluntades, es decir, el consentimiento mutuo expresado por los contratantes, el cual debe recaer sobre los elementos esenciales del respectivo negocio jurídico. En este sentido se ha dicho que cuando quiera que el acuerdo de voluntades falte, *“el contrato no tiene existencia real ni jurídica, o, mejor dicho, no ha llegado a crearse, pues esa es una nota o requisito esencial para su formación.”*³⁶

En el presente caso, la parte demandada ha alegado reiteradamente que no habría dado su consentimiento al eventual pacto arbitral sobre el cual reposaría el presente arbitraje. En consecuencia, el Tribunal habrá de analizar si en este caso efectivamente existió consentimiento de la parte demandada para acudir al arbitraje, pues, tal como lo dispone el artículo 116 de la

³⁵ La Oferta de Servicios para que Credicorp participe por cuenta de un tercero en la Bolsa de Valores de Colombia S.A. - BVC y la Oferta de Servicios para que, Credicorp, en su condición de miembro de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A. – CRCC S.A., participe en el mercado de derivados por cuenta de un tercero.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de octubre de 1947.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Constitución, la habilitación de las partes a los árbitros es un elemento de la esencia del pacto arbitral.

Para resolver lo anterior, el Tribunal analizará, entre otros, la voluntad real y la declaración de voluntad del negocio jurídico, en general, y del pacto arbitral, en particular.

En los actos jurídicos debe haber voluntad real de los agentes que en él intervienen —elemento interno—, así como la manifestación o declaración de voluntad —elemento externo—.

En general, *“la voluntad que interviene en la formación de un acto jurídico, se puede definir como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto. (...) [L]a voluntad real del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico y es en Colombia un requisito legal de éste, que no puede ser sustituido por ningún otro elemento distinto, ni siquiera por la declaración material de dicha voluntad (...)”*.³⁷

Esa voluntad real ha de ser manifestada, pues *“[s]olamente cuando esto último sucede, se puede iniciar el procesamiento jurídico del acto, que parte de la verificación de la existencia de ese fenómeno externo, la declaración o manifestación, y de sus condiciones objetivas de legalidad, y que luego sí penetra en la esfera de la actuación síquica de los agentes para investigar el contenido de aquella, es decir, la voluntad real que pretende traducir.”*³⁸

Para efectos de diferenciar los conceptos de voluntad real y de declaración de voluntad, en relación con el pacto arbitral, es importante hacer referencia a las definiciones de arbitraje y de pacto arbitral contenidas en los artículos 1 y 3 de la Ley 1563 de 2012.

De acuerdo con las anteriores definiciones, el arbitraje se caracteriza por la voluntad real de las partes de deferir u obligarse a deferir, la solución de una controversia presente o futura a un tribunal

³⁷ Guillermo Ospina Fernández. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Temis. 2015. Págs. 98-99.

³⁸ Guillermo Ospina Fernández. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Temis. 2015. Pág. 99.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

arbitral. Ahora bien, para que la cláusula compromisoria exista basta con que haya declaración de voluntad de las partes en el sentido de que resolverán sus disputas mediante arbitraje. Respecto de la manifestación o declaración de voluntad —a diferencia del concepto de voluntad real— importará si aplica el principio de consensualidad o si debe haber algún formalismo, si se requiere que el pacto sea por escrito o si puede ser verbal, entre otros.

En cuanto a la voluntad real que interviene en la formación del pacto arbitral, “(...) *la voluntad en el pacto arbitral consiste simplemente en la decisión clara e inequívoca de someter una determinada controversia a la decisión de un grupo de árbitros (...)*”³⁹. En el mismo sentido, se ha puntualizado que “(...) *en el pacto arbitral lo esencial es la voluntad de las partes de someter controversias futuras o existentes a la decisión de árbitros.*”⁴⁰

En ese orden de ideas, debe haber una voluntad clara e inequívoca de las partes en el sentido de que sus controversias se resolverán a través de arbitraje, lo que alguna parte de la doctrina ha llamado la “intención arbitral”. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que “*conforme a la normativa vigente, basta que el pacto arbitral contenga la intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia*”, por lo que “*a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias.*”⁴¹

Con todo, para efectos de analizar, respecto del pacto arbitral, en qué forma se debe realizar la manifestación o declaración de voluntad, el Tribunal procederá a hacer un recuento de algunos recientes pronunciamientos de las altas cortes al respecto.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁰ Juan Pablo Cárdenas. Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. Confecámaras y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2019. Pág. 51.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T – 511 de 2011, 30 de junio de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Al analizar el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, para resolver un recurso de anulación por inexistencia del pacto arbitral, el Consejo de Estado sostuvo que el consentimiento se logra cuando de una estipulación contractual se pueda inferir que las partes tuvieron la intención de someter la resolución de sus disputas a un tribunal arbitral. Hizo énfasis en que no se requiere una manifestación expresa, inequívoca o explícita, sugiriendo que es posible deducir la voluntad de acudir a arbitraje de forma tácita:

“A partir de lo anterior, lo primero que parece claro es que la legislación colombiana no exige una manifestación expresa o inequívoca: es suficiente que de la estipulación pactada en el contrato se deduzca que la voluntad de las partes fue la de someter la resolución de las controversias derivadas del contrato a la jurisdicción arbitral.

La siguiente nota de la doctrina española resulta aplicable a nuestro medio en el sentido de considerar que no se requiere hacer una manifestación expresa o precisa o <<sacramental>> para entender pactado el arbitramento: es suficiente que de la cláusula se deduzca que esa fue la voluntad; y para que prospere el recurso es necesario acreditar que tal voluntad <<no existió>>”⁴². (Énfasis añadido).

En el caso en concreto el Consejo de Estado consideró que el hecho de que una cláusula de un contrato hiciera referencia a una cláusula compromisoria utilizando la siguiente redacción “las diferencias que no puedan ser resueltas en forma directa entre las partes se resolverán de acuerdo con la cláusula compromisoria del presente Contrato”, era suficiente para deducir que sí hubo voluntad de acudir al arbitraje⁴³. Dicha Corporación tomó en cuenta como un factor secundario que el contrato y el pliego de condiciones fueron redactados por la entidad que alegaba que no había

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 2020-47 del 2 de junio de 2021. C.P: Martín Bermúdez. Pág. 16.

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 2020-47 del 2 de junio de 2021. C.P: Martín Bermúdez. Págs. 16-17, 19, 21.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

consentimiento al arbitraje, por lo que no se podía sostener que había dudas sobre la existencia de la cláusula compromisoria.⁴⁴

El máximo tribunal de lo contencioso-administrativo también descartó el argumento en el sentido de que por el hecho de que existieran otras cláusulas en el mismo contrato que mencionaban la amigable composición, la conciliación, el arreglo directo y la transacción, el contrato era ambiguo y no quedaba claro que las partes hubieran escogido el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis en el consentimiento o manifestación de voluntad en el arbitraje. Al resolver un recurso de anulación en un arbitraje internacional, la Corte sostuvo que la voluntad jurídica en el pacto arbitral puede ser *“declarada en forma expresa, tácita o presunta; no obstante, ha de ser clara e inteligible”*.⁴⁵ Definió la manifestación expresa como aquella que *“dimana de un acto verbal, escritural, gestual”* y a la manifestación tácita a aquella que *“se infiere del comportamiento de los sujetos negociales”*.⁴⁶

En el caso en cuestión la Corte no anuló el laudo por la causal de inexistencia del pacto arbitral, pues consideró que el hecho de que el recurrente no hubiese revisado con debido cuidado que el contrato de transacción que firmó contenía una cláusula compromisoria, creo confianza en su contraparte de que había aceptado el pacto arbitral. Para la Corte, la firma del contrato, aún sin que el recurrente se hubiera percatado de la existencia de la cláusula compromisoria, consistía en un acto inequívoco que lo obligaba a cumplir con su obligación de acudir a arbitraje, pues debía asumir la responsabilidad de su propia negligencia.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 2020-47 del 2 de junio de 2021. C.P: Martín Bermúdez. Pág. 22.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC001-2019 del 15 de enero de 2019. Rad: 11001-02-03-000-2016-03020-00. M.P. Aroldo Quiroz. Pág. 36.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC001-2019 del 15 de enero de 2019. Rad: 11001-02-03-000-2016-03020-00. M.P. Aroldo Quiroz. Pág. 35.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

En otras palabras, el recurrente creó una apariencia de voluntad de tal entidad, que el hecho de no notar de la existencia de la cláusula por su propio descuido no podía usarse como excusa para sustentar la ausencia de consentimiento al arbitraje.⁴⁷ De estas consideraciones de la Corte se tiene que la voluntad puede ser exteriorizada ya sea de forma tácita o expresa, pero lo relevante es que independientemente de la forma en que se exprese la voluntad sea clara e inteligible.

En una sentencia posterior del año 2021, la Corte Suprema de Justicia ratificó la posibilidad de que el consentimiento a arbitrar fuera tácito o expreso. En efecto, el consentimiento puede ser determinado a partir de actos de los que se pueda inferir el sometimiento al arbitraje, como por ejemplo sucede con el pacto arbitral ficto. En palabras de la Corte *“queda claro que la aceptación de un acuerdo de arbitraje puede ser expresa o tácita, sin importar si es nacional o internacional, máxime cuando, como bien lo anotó el panel arbitral criticado, el legislador autorizó una especie de pacto arbitral implícito o consentido en el párrafo del artículo 3° de la Ley 1563 de 2012”*.⁴⁸

En este caso la Corte concluyó que era válido determinar la existencia del consentimiento a arbitrar de una de las partes procesales a partir de su participación en la etapa precontractual y durante la ejecución de un contrato de adquisición de plataforma tecnológica.⁴⁹ De tales conductas se podía derivar que ella era una real parte contractual del contrato de adquisición tecnológica y, por ende, también de la cláusula compromisoria que este contenía y cuya redacción hacía referencia a que se vinculaba a las partes de aquel contrato.⁵⁰

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC001-2019 del 15 de enero de 2019. Rad: 11001-02-03-000-2016-03020-00. M.P. Aroldo Quiroz. Págs. 36-42.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC5288-2021 del 1 de diciembre de 2021. Rad: 11001-02-03-000-2021-00766-00. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Pág. 56.

⁴⁹ A pesar de que el actuar de la parte fue en virtud de un mandato sin representación, la Corte lo consideró como verdadera parte contractual por actuar en nombre propio e hizo énfasis en que fue aquella parte quien propuso el pacto arbitral en los borradores que antecedieron al contrato final de adquisición de plataforma tecnológica. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC5288-2021 del 1 de diciembre de 2021. Rad: 11001-02-03-000-2021-00766-00. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Págs. 60-61.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC5288-2021 del 1 de diciembre de 2021. Rad: 11001-02-03-000-2021-00766-00. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Págs. 52, 54-56 y 58.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

La Corte Constitucional hizo importantes consideraciones acerca de la voluntad para acudir al arbitraje en la sentencia C-170 de 2014, en la que analizó la exequibilidad del parágrafo 1° del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, que establecía que el llamado en garantía se entendía vinculado al pacto arbitral cuando había garantizado el cumplimiento de las obligaciones de un contrato. El argumento principal de la demandante era que dicha norma supuestamente contrariaba el artículo 116 de la Constitución, pues para que se entendiera que el llamado en garantía adhería al pacto arbitral, sería necesaria una manifestación expresa de su voluntad de adherir a éste.

Al respecto consideró la Corte que la adhesión señalada en el parágrafo 1° del artículo 37 de la Ley 1563 de 2021, era una aceptación tácita al arbitraje, pues el hecho de garantizar un contrato, era considerado por la ley como una presunción de la voluntad del llamado en garantía a consentir al pacto arbitral que dicho contrato contuviera:

“La proposición jurídica demandada se refiere al tercero garante que ha suscrito un contrato de garantía que contiene una cláusula compromisoria o pacto arbitral, por lo cual se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso tramitado ante la jurisdicción arbitral. La consecuencia que la acusación considera contraria al principio de voluntariedad de la jurisdicción arbitral; se materializa con la presunta vinculación “automática” del tercero garante al pacto arbitral; esta apreciación de la demandante desconoce que la norma acusada también dispone que respecto del tercero llamado en garantía debe existir la obligación de garantizar un contrato con pacto arbitral. Lo anterior supone, sin que ello sea un requisito que se desprenda del artículo 116 constitucional, que este tercero conoce la cláusula compromisoria y acepta tácitamente la jurisdiccionalidad, al garantizar el contrato que la contiene, si la voluntad de quienes suscribieron el contrato garantizado así lo dispone.”⁵¹

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos. Pág. 38.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

El razonamiento de la Corte presupone que el tercero tuvo la oportunidad de conocer la cláusula compromisoria contenida en el contrato principal. Así mismo, aclaró que garantizar un contrato no implicaba que el llamado en garantía tuviera que aceptar forzosamente el arbitraje, pues siempre tenía la posibilidad de negarse al mismo, caso en el cual no podía ser llamado en garantía dentro de un eventual arbitraje.

De los pronunciamientos previos es claro que para calificar la voluntad de habilitar a un tribunal arbitral es suficiente que el consentimiento de las partes sea libre y voluntario, en oposición a que sea impuesto por una de las partes o por la ley misma, y que la voluntad puede ser manifestada tanto tácita como expresamente.

Ejemplos de la manifestación tácita sobran, pues además de los casos mencionados en las sentencias previamente referenciadas, la ley y la jurisprudencia han entendido que ciertas conductas pueden ser asimiladas a una expresión de voluntad de acudir al arbitraje.

Dos ejemplos adicionales se pueden traer a colación para ilustrar este punto. El primero de ellos es lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, que establece que la cesión de un contrato con pacto arbitral comporta la cesión de la cláusula compromisoria y, por tanto, se presume el consentimiento del cesionario al arbitraje. De igual forma, en materia societaria hoy en día se acepta pacíficamente por la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Sociedades, que la transmisión, tanto mortis causa como inter vivos, de la titularidad de las acciones o cuotas sociales de una sociedad en cuyos estatutos se incluyó una cláusula compromisoria, implica la adhesión del nuevo titular a dicho pacto arbitral sin necesidad de una aceptación explícita —a pesar de que no ostentaba la calidad de socio u accionista al momento de la suscripción de la cláusula arbitral estatutaria—. ⁵²

⁵² Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Auto 2021-01-415367 del 21 de junio de 2021. Proceso 2017-800-00467; Auto 2019-01-469956 del 10 de diciembre de 2019. Proceso 2019-800-00361; Auto 2019-01-040728 del 22 de febrero de 2019. Proceso 2017-800-00444; Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia STC1779-2016 del 15 de febrero de 2016. Radicación 11001-22-03-000-2015-02940-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Teniendo claridad respecto del contenido y el alcance de la voluntad real, de la manifestación de voluntad y del consentimiento en el pacto arbitral, como elementos de la esencia de dicho negocio jurídico, el Tribunal procederá a analizar las pruebas recaudadas en el proceso teniendo en cuenta los siguientes parámetros: (i) la carga de la prueba del pacto arbitral, por regla general, recae sobre el demandante; (ii) la cláusula compromisoria es consensual; (iii) para probar la cláusula compromisoria se debe acreditar la existencia de la voluntad real de concurrir al arbitraje, la cual puede ser expresada de forma tácita o expresa; y (iv) el estándar de prueba que utilizará el Tribunal es el de la probabilidad preponderante o prevalente, es decir, que se escogerá la teoría del caso cuyo soporte probatorio la haga más plausible.

6. El Tribunal no distribuyó la carga de la prueba

El Tribunal comenzará por rebatir la afirmación de Credicorp en el sentido de que al decretar las pruebas, se habría hecho una distribución de la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del CGP, respecto de las pruebas de las Ofertas. En concepto del demandante la siguiente decisión del Tribunal configuraría una distribución de la carga de la prueba:

“Mediante la presente providencia, el Tribunal Arbitral decide las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, en la demanda y su contestación.

Respecto de lo anterior, el Tribunal

RESUELVE:

(…)

SEGUNDO. *Decretar y practicar las siguientes pruebas:*

a. Solicitadas por la parte convocante:

(…) - Documentales requeridas a la parte demandada:

(i) Copia de la Oferta de Servicios para que CREDICORP participara por cuenta de la DEMANDADA en la Bolsa de Valores de Colombia S.A. - BVC y celebrara operaciones de derivados, remitida a la CONVOCADA el día 27 de julio de 2017.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

(ii) Copia de la Oferta de Servicios para que, CREDICORP, en su condición de miembro de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A. – CRCC S.A., participara en el mercado de derivados por cuenta de la DEMANDADA, remitida a ésta el 27 de julio de 2017.”

Contrario a lo afirmado por el demandante, lo que hizo el Tribunal fue dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 82 y en el numeral 5 del artículo 95 del CGP. La primera de las normas dispone que la parte demandante debe indicar las pruebas que el demandado tiene en su poder para que este las aporte. Por su parte, la segunda establece que la parte demandada en su contestación debe aportar los documentos que estén en su poder y hayan sido solicitados por el demandante o la manifestación de que no los tiene.

La decisión del Tribunal de decretar las pruebas enunciadas bajo el subtítulo *“Documentales requeridas a la parte demandada”* tiene sustento en que la parte demandada manifestó en su contestación que no tenía las Ofertas y, por tanto, no podía aportarlas al proceso. El Tribunal consideró que la Ley 1328 de 2009, estableció en el literal c) del artículo 6 que es deber del consumidor financiero —calificación con la que cumple el señor Argüelles por ser cliente en los términos del literal a) del artículo 2 de la misma ley—, *“revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos”*. De ahí que la negativa de la parte demandada manifestada en su contestación no parecía acorde con lo que le exigía la ley. Esta razón llevó al Tribunal a requerir nuevamente a la parte demandada mediante el decreto de la prueba para que aportara la copia de las Ofertas que debían estar en su poder.

No obstante, este requerimiento no puede considerarse como una distribución de la carga de la prueba, pues como lo establece el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009 *“[e]l no ejercicio de las prácticas de protección propia (como la conservación de copias) por parte de los consumidores financieros, no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros”*. Una de las obligaciones especiales de las cuales Credicorp no es relevada, tal y como se explica más adelante, es la de preservar copia de los

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

contratos que celebre con sus clientes, en especial de aquellos relacionados con operaciones de derivados que involucren a la CRCC y a la BVC. Por ende, el hecho de que el Sr. Argüelles no haya aportado las Ofertas, no relevaba a Credicorp de su deber de aportarlas en primer lugar.

Para distribuir la carga de la prueba el artículo 167 del CGP establece una serie de requisitos que no fueron cumplidos y que se listan a continuación:

1) El juez debe exigir a la parte probar determinado hecho. Si el Tribunal hubiera querido distribuir la carga de la prueba hubiese tenido que ordenar al demandado probar que el contenido de los formatos de Ofertas allegados por Credicorp no correspondía con el de las Ofertas que él dice que aceptó mediante una orden de servicios en el 2017.

2) La parte a la que se le asigna la carga de la prueba debe estar en una posición más favorable para probar. El Tribunal nunca ha estado convencido de que el Sr. Argüelles esté en mejor posición de probar el contenido de la oferta que vincula a las partes del litigio, además, en caso de que sí lo estuviera, tal determinación requiere una elaborada argumentación.⁵³ Credicorp, de conformidad con el artículo 96 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁵⁴, el artículo 54 del Código de

⁵³ “Lo que sí llama la atención es el supuesto ‘estado de indefensión’ de una de las partes frente a la otra, pues se trataría de una categoría igualmente móvil ya que esa indefensión puede ser relativa. Insistimos el juez no puede extraer de la nada el juicio de atribución a una de las partes de hallarse en ‘mejor posición’, sino que esa calificación debe ser fruto de una elaborada argumentación, de modo que deben quedar consignados en la providencia, todos los antecedentes y circunstancias que llevan el juez a la conclusión sobre la ‘mejor posición’ de la parte. Los ejemplos fáciles son aquellos casos en los cuales una de las partes está obligada llevar contabilidad y a conservar registros. No obstante la simplicidad del ejemplo explota, si es el caso que ambas partes están obligadas legalmente a llevar contabilidad.” En Edgardo Portilla Villamil. La Carga de la Prueba. ICDP. Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2020 – Nuevas Tendencias. Bogotá. 2020. Pág. 1129; “No obstante, en caso de que no se observe de forma clara tal situación (la dificultad probatoria), la parte que se encuentra en dificultad o imposibilidad probatoria, deberá demostrar tal condición y, por ende, que su adversario se encuentra en una situación más cómoda respecto de la actividad probatoria” Horacio Cruz Tejada. La Carga de la Prueba y Algunas Cuestiones Problemáticas en su Distribución. ICDP Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. 2015. Pág. 403.

⁵⁴ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 96. “Conservación de archivos y documentos. Los libros y papeles de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán conservarse por un período no menor de cinco años (5) años, desde la fecha del respectivo asiento, sin perjuicio de los términos establecidos en normas especiales. Vencido este lapso, podrán ser destruidos siempre que, por cualquier medio técnico adecuado, se garantice su reproducción exacta.”

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Comercio⁵⁵, el literal f) del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009⁵⁶, el artículo 2.1.4 de la Circular Única del Mercado de Derivados de la BVC⁵⁷, el artículo 2.1.33 del Reglamento de la CRCC⁵⁸, tiene la obligación de conservar copia de los contratos que celebra al ser una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, una persona jurídica comerciante y participe en el mercado de valores.

Adicionalmente, Credicorp nunca explicó las razones por las que no pudo aportar las Ofertas para así persuadir al Tribunal de redistribuir la carga de la prueba, ni explicó las razones por las que el Sr. Argüelles estaría en mejor posición que Credicorp para aportar los documentos, pues ambas son partes de los contratos.

3) El juez debe conceder a la parte a la que le asigna la carga de la prueba un término para aportarla. En este caso, el Tribunal al decretar pruebas no otorgó un término para el Sr. Argüelles aportara las Ofertas. Esto era necesario dado que las oportunidades ordinarias para que el demandado solicitara o aportara pruebas habían precluido.

⁵⁵ Código de Comercio. Artículo 54. *“Obligatoriedad de Conservar la Correspondencia Comercial. El comerciante deberá dejar copia fiel de la correspondencia que dirija en relación con los negocios, por cualquier medio que asegure la exactitud y duración de la copia. Asimismo, conservará la correspondencia que reciba en relación con sus actividades comerciales, con anotación de la fecha de contestación o de no haberse dado respuesta.”*

⁵⁶ Ley 1328 de 2009. Artículo 7. *“Obligaciones especiales de las entidades vigiladas. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales: (...) f) Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de estos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos.”*

⁵⁷ Circular Única del Mercado de Derivados de la BVC. Artículo 2.1.4. *“Condiciones mínimas del contrato entre el Miembro y sus terceros. El contrato u oferta de servicios aceptada, entre los Miembros y los terceros por cuenta de quienes actúa bajo contrato de comisión, deberá contener como mínimo la siguiente información y declaraciones: (...) El Miembro deberá garantizar a la Bolsa que el contrato suscrito u oferta de servicios aceptada por sus terceros contiene las anteriores declaraciones o autorizaciones y por lo tanto, desde el momento de la celebración o registro de Operaciones en el Sistema por cuenta de los mismos, el Miembro asegura el cumplimiento del presente artículo, sin perjuicio de la facultad de la Bolsa de verificar en cualquier momento el contenido de dichos contratos u ofertas. (...) Tanto la Bolsa como el Organismo de Autorregulación del Mercado están facultados para verificar en cualquier momento el contenido del contrato de que trata el presente artículo y exigir a los Miembros la adecuación del mismo, según corresponda, sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento del presente artículo.”*

⁵⁸ Reglamento de la CRCC. Artículo 2.1.33. *“Información Mínima de los Miembros a los Terceros. Los Miembros deberán informar por un medio verificable a los Terceros al menos lo siguiente: (...)”*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que no distribuyó la carga de la prueba. Así mismo, el Tribunal tampoco ordenó la exhibición de las Ofertas tal y como consta en el Acta de la Primera Audiencia de Trámite, decisión que no fue recurrida por las partes. Esto se puede confirmar además por el hecho de que el Tribunal no ordenó que las Ofertas se exhibieran en audiencia ni la forma en que la exhibición debía hacerse. En consecuencia, la carga de probar la cláusula compromisoria reside en Credicorp.

7. Prueba de la cláusula compromisoria en el caso concreto

7.1. Posiciones de las partes y consideraciones del Tribunal respecto de las mismas

Ahora el Tribunal procede a analizar los argumentos propuestos por las partes en relación con la existencia de la cláusula compromisoria.

La parte demandada ha objetado la competencia de este Tribunal durante las distintas etapas del trámite arbitral. Su alegación principal es que si bien el Sr. Argüelles admite haber recibido dos ofertas de Credicorp, se desconoce el contenido de las mismas, pues este último allegó unas proformas de oferta en blanco y sin firmas del demandado de las cuales no se tiene certeza que coincidan con las Ofertas que el Sr. Argüelles aceptó y, por tanto, tampoco se tiene certeza que incluyeran una cláusula compromisoria.

Por su parte, el demandante sostiene varios argumentos que serán listados a continuación y respecto de los cuales el Tribunal sentará su posición:

- 1) Que la afirmación bajo juramento hecha en la demanda respecto de que el contenido de los modelos de oferta coincidía con el de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles el 27 de julio de 2017, no habría sido desvirtuada por la parte demandada**

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

En concepto de la convocante, el demandado debería demostrar el verdadero contenido de las Ofertas, pues existiría una presunción de buena fe a favor de Credicorp; y, además, no tachó de falso el documento que contenía los modelos de oferta.

Como ya se explicó, al no haberse dado aplicación a la carga dinámica de la prueba, Credicorp debe acreditar la existencia de un pacto arbitral válidamente celebrado. Por ende, es dicha parte la que debe demostrar el contenido de las Ofertas y la existencia del pacto arbitral.

Para el Tribunal es claro que las afirmaciones de Credicorp en la demanda no tienen la virtualidad de servir como medio de prueba ni de modificar la carga probatoria. Así las cosas, el hecho de que Credicorp afirme en su demanda, aún bajo juramento, que el contenido de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles el 27 de julio de 2017 corresponden con el de los modelos de oferta, no es una prueba que lleve al convencimiento al Tribunal sobre el real contenido de las Ofertas, ni puede trasladar la carga de la prueba del pacto arbitral al Sr. Argüelles.

En relación con la ausencia de tacha de falsedad de los modelos de oferta allegados por Credicorp, el Tribunal aclara que el alcance de la figura es restar efectos probatorios a un documento si el mismo no proviene del otorgante o su contenido ha sido adulterado. En este caso la tacha no era procedente, puesto que las partes siempre reconocieron que los documentos allegados eran unos formatos modelos que no provenían del Sr. Argüelles. Así las cosas, es claro que no era necesario tachar de falso los modelos de ofertas porque no estaba en duda la proveniencia u origen de los formatos.

Un escenario distinto sería que el demandante hubiera afirmado que los formatos allegados al proceso fueron los documentos que en su momento fueron enviados y aceptados por el demandado el 27 de julio de 2017. Esto no fue así. Se reitera, que lo que realmente Credicorp afirmó es que hubo unos documentos enviados y recibidos por el demandado contentivos de las Ofertas aceptadas y que los modelos allegados al proceso coincidirían, en cuanto a su contenido, con los documentos enviados y aceptados el 27 de julio de 2017, pero no que los modelos allegados fueran los mismos documentos que el Sr. Argüelles firmó y aceptó. En otras palabras, incluso si las Ofertas

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

y los modelos de oferta coincidieran en cuanto a su contenido, no quiere decir que por esa razón sean el mismo documento.

La cuestión no recae sobre la autoría o procedencia de los modelos de oferta, ya que las partes coinciden en que estos son apenas unos formatos. El problema probatorio es en realidad determinar si las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles coinciden en cuanto a su contenido con los modelos de ofertas a pesar de ser documentos distintos. Para el Tribunal la respuesta a ese interrogante es negativa, al menos en cuanto a la existencia del pacto arbitral, pues la evidencia recaudada no da lugar a otra conclusión.

Lo que solicita la parte demandante es dar aplicación al indicio como medio de prueba. En efecto, el razonamiento propuesto por Credicorp es que el Tribunal debiera inferir a partir de un hecho conocido o hecho indicador —el contenido de los modelos de oferta—, la existencia de un hecho desconocido —el contenido de las Ofertas aceptadas el 27 de julio de 2017—.

Las reglas de la lógica y de la experiencia no permiten inferir que por el hecho de que exista una cláusula compromisoria en los modelos de oferta, las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles también la incluyeran. Puede que el modelo allegado no correspondiera con el modelo vigente para la época, pues la experiencia indica que los formatos de los contratos de las entidades financieras se tienden a actualizar periódicamente. También podría ocurrir que las partes hayan decidido no incluir una cláusula compromisoria para el negocio jurídico específico a pesar de que el modelo o formato sí lo incluyera.

En consecuencia, sí bien el Tribunal tiene certeza de que existe una relación contractual entre las partes, no tiene elementos suficientes para concluir que las Ofertas y los modelos de oferta coincidan, lo cual tiene repercusiones en la prueba del pacto arbitral, ya que no se tiene certeza que en las Ofertas estuvieran incluidas cláusulas compromisorias. Es irrelevante para alcanzar esta conclusión el hecho de que el demandado no haya tachado de falso los modelos, pues, como se explicó ampliamente, el problema no es de autoría o procedencia del documento, sino un problema inferencial o deductivo.

2) Que el Sr. Argüelles habría actuado en contra de sus propios actos, puesto que concurrió a la integración del tribunal y designó el árbitro de común acuerdo sin hacer reserva alguna, tal como se lo impondría el deber de lealtad procesal

Para el Tribunal, el hecho de haber designado de común acuerdo al árbitro no es una actuación en contra de los actos propios. El Consejo de Estado ha considerado que participar en la designación de árbitros no es un criterio que permita inferir que hubo consentimiento para un pacto arbitral. En efecto, *“[e]s contrario a los postulados de la buena fe que una parte confíe legítimamente en que terceros calificados estudien si existe, o no, un pacto arbitral y estos deriven la existencia del hecho de haber sido designados. Esa posición generaría un desincentivo en confiar en la independencia de la justicia arbitral para decidir si en un caso concreto existe un pacto arbitral.”*⁵⁹

Lo anterior es consistente con lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto Arbitral, el cual dispone que la etapa procesal en la que el Tribunal decide sobre su propia competencia es en la primera audiencia de trámite y, es en ésta, en la que la parte que considere que no existe pacto arbitral, puede presentar un recurso de reposición contra la decisión del tribunal de declararse competente.

El demandado, en todo caso, siempre mantuvo su posición en relación con la inexistencia del pacto arbitral tanto en etapas tempranas como avanzadas del procedimiento. Por ejemplo, en la contestación de la demanda, al interponer el recurso de reposición contra la decisión mediante la cual el Tribunal se declaró competente, en sus alegatos de conclusión, y en los diversos controles de legalidad que hizo el tribunal, entre otros.

En consecuencia, para el Tribunal la posición del demandado ha sido consistente y su concurrencia a la instalación del presente Tribunal se hizo en virtud de su deber de colaboración con la justicia establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 78 del CGP, con la confianza de que el mismo Tribunal decidiría en la etapa correspondiente sobre la inexistencia del pacto arbitral. Por tanto, el Tribunal

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 2020-47 del 2 de junio de 2021. C.P: Martín Bermúdez. Págs. 11-13.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

no considera que el Sr. Argüelles haya actuado en contra de sus propios actos, ni que de su conducta se pueda derivar la existencia del pacto arbitral.

3) Que del hecho de que el Sr. Argüelles hubiese aceptado que recibió las Ofertas el 27 de julio de 2017 y que las aceptó en esa misma fecha mediante la emisión de las Órdenes de Compra, como constaría en su respuesta al Hecho 1° de la demanda, se podría inferir que el contenido de los modelos de oferta coincidía con el de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles el 27 de julio de 2017; además, señala que no sería posible que el demandado haya firmado las Ofertas, pero que no las tenga en su poder

En concepto del Tribunal, de los anteriores hechos solo se puede concluir que hubo aceptación de dos ofertas y que en efecto existe una relación jurídica entre las partes. No obstante, la fecha de recibo y aceptación de las Ofertas no dice nada sobre el contenido de estas; únicamente permite concluir que las mismas existen. En segundo lugar, en relación con que sería incoherente que el Sr. Argüelles haya firmado las Ofertas pero no las tenga en su poder, si bien es reprochable y en cierta medida negligente no conservar copia de los negocios jurídicos que celebra, se podría decir lo mismo, y con mayor razón, respecto de Credicorp.

De hecho, como se mencionó anteriormente, esta última es una entidad profesional, vigilada y con obligaciones legales y reglamentarias de guardar copia de los acuerdos que celebra. Por ende, al haber negligencia de ambas partes, pero una más acentuada por parte de Credicorp, en caso de que no se logre probar la existencia del pacto arbitral, el Tribunal debe aplicar la carga de la prueba para definir quién debe soportar las consecuencias desfavorables.

En todo caso, lo cierto es que, de los hechos mencionados por la demandante y de la respuesta dada por el demandado se puede derivar la existencia de las Ofertas, pero no se puede verificar su contenido para determinar la existencia de un pacto arbitral.

4) Que el testigo Jaime Ricardo Acosta Pinto habría afirmado que el contenido de los modelos de oferta coincidiría con el de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles el 27 de julio de

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

2017, porque en sus 16 años de experiencia trabajando para Credicorp el clausulado de los modelos nunca habría variado, pues se trataría de un formato predeterminado

El Tribunal debe señalar que de conformidad con el inciso 2 del artículo 225 del CGP el testimonio tiene unos límites en su eficacia probatoria. Esta norma establece que *“cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”*

En el presente caso, las partes reconocen que constaban en documentos tanto las obligaciones derivadas de los contratos como las cláusulas compromisorias que estarían contenidas en éstos, de manera que la ausencia de documentos se habrá de apreciar como indicio grave de la inexistencia de tales actos. Además, el Tribunal no encuentra que hubiera circunstancias que hayan imposibilitado su obtención, ni que el valor o la calidad de las partes justifiquen la ausencia de éstos. Por el contrario, se trata de partes sofisticadas, que participan en operaciones financieras complejas, las cuales tienen acceso a servicios jurídicos especializados, de manera que no se entiende la razón para no dejar huella escrita de sus negocios.

De igual forma, para evaluar el testimonio del señor Acosta, el Tribunal debe tener en cuenta que el testigo fue tachado de sospechoso por el demandado, debido a su dependencia como trabajador de Credicorp. La mencionada tacha obliga al juzgador a evaluar con mayor rigor la declaración del testigo, cotejándola con el acervo probatorio del proceso para verificar si tal declaración coincide con el resto de la evidencia o si se aparta de ella. En este caso, el señalado ejercicio de evaluación muestra, como ha quedado analizado, que, de manera preponderante, las pruebas apuntan hacia la inexistencia del pacto arbitral, lo cual debilita aún más la versión del señor Acosta.

En consecuencia, el testimonio del señor Acosta tiene limitaciones legales para ser apreciado como una prueba que demuestre concretamente que el contenido de los modelos de las ofertas es idéntico al contenido de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles. Como se precisó y se reiterará

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

más adelante, sopesado el testimonio con el resto de pruebas en conjunto, no se puede concluir, como la hipótesis más plausible, que las Ofertas sí contenían cláusulas compromisorias.

5) Que el demandado en la respuesta a los hechos 1, 10 y 13 se apoyaría para su defensa en los contenidos de las Ofertas, lo cual indicaría que el contenido de los modelos de oferta coincidiría con el de las Ofertas aceptadas por éste el 27 de julio de 2017

La discusión planteada por el demandante es irrelevante para la determinación de la existencia del pacto arbitral para el caso concreto. El Tribunal evalúa las respuestas de esos hechos como un argumento consecuencial correspondiente al fondo del asunto. Es decir, un argumento que solo se entraría a analizar si el Tribunal llegase a decidir que sí es competente para conocer del caso y que el contenido de los modelos de oferta coincide con el de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles.

Por tanto, el hecho de que el demandado haga referencia al contenido de los modelos de oferta para elaborar su defensa, no es suficiente para considerar como plausible el que las Ofertas sí contenían cláusulas compromisorias, al igual que los modelos.

7.2. Apreciación en conjunto de las pruebas.

Una vez analizados los hechos y los argumentos presentados por las partes, así como las pruebas en que se basan, el Tribunal procede a examinar, en conjunto, los hechos, las argumentaciones y las pruebas recaudadas en relación con la existencia del pacto arbitral, entre los cuales se destacan los hechos descritos en la demanda y la contestación a ésta, los modelos de oferta, el testimonio del Sr. Acosta, y la declaración del Sr. Argüelles, entre otros.

Sin embargo, previo a lo anterior, el Tribunal analizará un aspecto que considera relevante respecto de los reglamentos y circulares de la CRCC y la BVC. Tales regulaciones obligan a un miembro de la CRCC y de la BVC a que cuando actúa por cuenta de un tercero, obtenga una autorización por parte de éste. Así mismo, la CRCC y la BVC predisponen el contenido mínimo obligatorio que debe

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

contener la autorización que el tercero otorga al miembro para efectos de operar por cuenta de aquel ante la CRCC y la BVC.⁶⁰

De acuerdo con lo anterior, sería posible llegar a determinar, al menos parcialmente, el contenido de las Ofertas aceptadas por el Sr. Argüelles, a través del contenido mínimo exigido por la CRCC y la BVC en la autorización que los miembros le tienen que solicitar a terceros para operar por cuenta de ellos.

Así, por ejemplo, la CRCC cuenta con unos formatos de Ofertas de Servicios, que el miembro debe hacer suscribir al tercero. El artículo 1.2.3.1. de la Circular Única de la CRCC, en sus versiones del 28 de diciembre de 2016⁶¹, de enero 19 de 2017⁶², de octubre 9 de 2019⁶³, y de enero 29 de 2020⁶⁴, exige que *“Los Terceros Identificados podrán participar ante la Cámara a través de un Miembro Liquidador Individual o General o a través de un Miembro no Liquidador y sus Operaciones se registrarán en una Cuenta de Tercero de la que es titular para cada Segmento que el Miembro indique. Para el efecto, deberán suscribir un convenio con uno o más Miembros en los términos del*

⁶⁰ Reglamento de la CRCC. Parágrafo 1° del Artículo 2.1.21.: *“La Cámara establecerá mediante Circular los requisitos o condiciones para el acceso de las diferentes clases de Terceros.”*; Circular Única de la CRCC. Artículo 1.2.3.1.: *“Los Terceros Identificados podrán participar ante la Cámara a través de un Miembro Liquidador Individual o General o a través de un Miembro no Liquidador y sus Operaciones se registrarán en una Cuenta de Tercero de la que es titular para cada Segmento que el Miembro indique. Para el efecto, deberán suscribir un convenio con uno o más Miembros en los términos del artículo 2.1.33. del Reglamento de Funcionamiento de la Cámara, cuyas condiciones mínimas se encuentran en el Anexo 20.”*; Reglamento General del Mercado de Derivados de la BVC. Artículo 2.1.5.: *“Todo Miembro que pueda actuar por cuenta de terceros en contrato de comisión, en forma previa a la realización de Operaciones sobre Contratos de Derivados, deberá obtener autorización expresa de cada uno de sus clientes, por una sola vez o por vigencias determinadas, mediante documento en el cual el cliente declare conocer los riesgos relativos a las Operaciones que autoriza celebrar y el cual deberá contener como mínimo las estipulaciones que se establezcan por Circular.”*

⁶¹ Circular Única de la CRCC. Versión actualizada al 28 de diciembre de 2016. Disponible en: https://camaraderiesgo.com/wp-content/uploads/2017/09/boletin_normativo_no_24_modificacion_circular_unica_crcc_sa.pdf

⁶² Circular Única de la CRCC. Versión actualizada al 19 de enero de 2017. Disponible en: https://camaraderiesgo.com/wp-content/uploads/2017/09/Circular-Unica-CRCC-S.A.-VERSI%C3%83%E2%80%9CN-ACTUALIZADA-AL-19-DE-ENERO-DE-2017_0.pdf

⁶³ Circular Única de la CRCC. Versión actualizada al 9 de octubre de 2019. Disponible en: <https://camaraderiesgo.com/wp-content/uploads/2019/10/Circular-Unica-CRCC-S.A.-VERSION-ACTUALIZADA-AL-9-DE-OCTUBRE-DE-2019.pdf>

⁶⁴ Circular Única de la CRCC. Versión actualizada al 29 de enero de 2020. Disponible en: <https://camaraderiesgo.com/wp-content/uploads/2020/01/Bolet%c3%adn-Normativo-No.-002-de-2020.pdf>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

artículo 2.1.33. del Reglamento de Funcionamiento de la Cámara, cuyas condiciones mínimas se encuentran en el Anexo 20.”

De forma similar, la BVC en el artículo 2.1.4 de la Circular Única del Mercado de Derivados establece las condiciones mínimas que debe tener una oferta de servicios entre un miembro y sus terceros, así: *“El contrato u oferta de servicios aceptada, entre los Miembros y los terceros por cuenta de quienes actúa bajo contrato de comisión, deberá contener como mínimo la siguiente información y declaraciones (...)”*.

Es decir, que el contenido mínimo de la *“Oferta de Servicios para que Credicorp en su condición de miembro de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de Colombia S.A. – CRCC S.A., participara en el mercado de derivados por cuenta del Sr. Argüelles”* debe, por disposición reglamentaria, coincidir con el Anexo 20 de la Circular Única de la CRCC, en su versión del 19 de enero de 2017, la cual sería la vigente para el momento en que el demandado aceptó la oferta presentada por la demandante.

Bajo la misma lógica, el contenido mínimo de la *“Oferta de Servicios para que Credicorp participe por cuenta del Sr. Argüelles en el Mercado de Derivados de la Bolsa de Valores de Colombia S.A.”*, debe, por disposición reglamentaria, contener como mínimo las condiciones listadas en el artículo 2.1.4 de la Circular Única del Mercado de Derivados de la BVC.

No obstante lo anterior, al analizar tanto la cláusula 12 del Anexo 20 de la Circular Única de la CRCC, así como las condiciones mínimas exigidas en el artículo 2.1.4 de la Circular Única del Mercado de Derivados de la BVC, no se puede deducir o inferir la existencia de cláusulas compromisorias.

La cláusula 12 del Anexo 20 de la Circular de la CRCC establece que la cláusula compromisoria es optativa, de manera que, ante la ausencia del documento contentivo de la Oferta para actuar ante la CRCC, este Tribunal no puede concluir que el Sr. Argüelles aceptó dicha cláusula compromisoria, pues precisamente es una cláusula que puede ser excluida entre las partes.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

CLÁUSULA OPTATIVA DÉCIMA SEGUNDA. Cláusula Compromisoria. Todas las diferencias que ocurran entre las partes con ocasión de la presente Oferta, una vez aceptada, y que no puedan solucionarse por acuerdo directo entre ellas, en un plazo que no podrá exceder de dos (2) meses contados a partir de la fecha del evento que generó la diferencia, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento. Cuando la cuantía de las pretensiones supere los mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia, el Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, los cuales serán designados por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses de acuerdo directo, o a falta de acuerdo, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de que la cuantía de las pretensiones sea igual o inferior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia, el Tribunal de Arbitramento estará conformado por un (1) árbitro, el cual será designado por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de dos (2) meses de acuerdo directo, o a falta de acuerdo, por sorteo entre los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El o los árbitros designados serán Abogados inscritos y fallarán en derecho. El Tribunal de Arbitramento tendrá sede en la ciudad de Bogotá y se regirá por las leyes colombianas.

Igualmente, el artículo 2.1.4 de la Circular de Derivados de la BVC establece en su numeral 3 lo siguiente en relación con la cláusula compromisoria: *“Procedimiento arbitral: Como cláusula optativa podrá incluirse una cláusula compromisoria.”*. Al igual que lo que sucede con el Anexo 20 de la Circular de la CRCC, la cláusula compromisoria también es optativa.

Así las cosas, lo anterior también confirma que para el Tribunal no es posible concluir que el Sr. Argüelles haya aceptado la cláusula compromisoria, pues, precisamente, es una cláusula que es optativa, es decir, que puede ser excluida por las partes. Esta conclusión desvirtúa el testimonio del Sr. Acosta, pues si bien este Tribunal coincide con él en el sentido de que al menos parte del contenido de las Ofertas es predeterminado por disposición reglamentaria de la CRCC y la BVC, no por ese simple hecho se puede concluir que el Sr. Argüelles haya aceptado o haya dado su consentimiento a las cláusulas compromisorias contenidas en los modelos.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 225 del CGP, se debe hacer énfasis en los límites en la eficacia probatoria del mencionado testimonio. En el presente caso, como ya se explicó, las partes reconocen que constaban en documentos tanto las obligaciones derivadas de los contratos como las cláusulas compromisorias que estarían contenidas en éstos, de manera que la ausencia de documentos se habrá de apreciar como indicio grave de la inexistencia de tales actos. No sobra reiterar que el Tribunal no encuentra que hubiera circunstancias que hayan imposibilitado su obtención, ni que el valor o la calidad de las partes justifiquen la ausencia de éstos.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

Si bien la cláusula arbitral es consensual, en el expediente no hay ningún medio de prueba que acredite y que genere un convencimiento suficiente para que este Tribunal considere, de conformidad con el estándar de prueba de la probabilidad preponderante, que la hipótesis fáctica más plausible es que haya habido una voluntad real de las partes para acudir a arbitraje, lo cual representa un obstáculo insalvable para la existencia del alegado pacto arbitral. En otras palabras, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, para el Tribunal no es posible deducir razonablemente la intención de las partes de someterse a arbitraje, por lo que habrá de declarar que no tiene competencia.

Pese a ser una entidad profesional y vigilada, Credicorp no actuó con la diligencia esperada de ese tipo de entidades en relación con la conservación de los documentos que soportan sus relaciones contractuales, lo que en este caso claramente dificultó la prueba de las cláusulas compromisorias.

Ante la ausencia de prueba de la voluntad real y de la existencia de las cláusulas compromisorias, el Tribunal dará aplicación a la regla del juicio derivada de la carga de la prueba. Es decir, asignará las consecuencias desfavorables de ese hecho a Credicorp y no dará efecto a las normas jurídicas que esta parte pretendía se le aplicaran, vale decir, que se le reconociera competencia a este Tribunal, a saber, los artículos 1, 3, y 4 de la Ley 1563 de 2012.

En consecuencia, el Tribunal declarará que no tiene competencia para resolver las pretensiones de la demanda, por inexistencia del pacto arbitral. Por tanto, dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto Arbitral, de manera que devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos, advirtiendo que para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente.

Respecto del rubro de gastos administrativos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, es necesario aclarar que tal valor no es susceptible de devolución. Lo anterior

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

encuentra fundamento tanto en lo establecido en el artículo 2.2.4.2.6.2.2. del Decreto 1069 de 2015 como en el parágrafo 4 del artículo 8.4 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en los que se dispone que la devolución de dicho monto únicamente es procedente en aquellos casos en que el Tribunal no pueda instalarse legalmente.

III. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 365 del CGP, establece:

“(...) Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)”

Concluida la evaluación de la controversia materia de este Arbitraje, procede el Tribunal a ocuparse del tema relacionado con las costas y agencias en derecho de acuerdo tanto con lo solicitado en la subsanación de la demanda y las excepciones de mérito, como con lo dispuesto en los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso. Por lo que, toda vez que ni las pretensiones de la demanda ni

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

las excepciones de mérito prosperaron, respectivamente, en su totalidad, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

Respecto del juramento estimatorio, de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, no observó fraude o tasación notoriamente injusta en relación con el juramento estimatorio presentado, ni la parte demandada presentó prueba para controvertir dicha tasación, razón por la cual este Tribunal se abstendrá de imponer sanción alguna por dicho concepto.

Para efectos del artículo 280 del Código General del Proceso, este Tribunal observa que las partes actuaron lealmente y no se evidenciaron conductas procesales indebidas, dilatorias o de mala fe.

Finalmente, respecto del pago regulado por la Ley 1743 de 2014, modificada por el artículo 362 de la ley 1819 de 2016, de la denominada contribución especial arbitral, el Tribunal encuentra que el pago de la misma no es procedente. Lo anterior, toda vez que, no obstante el hecho generador de dicha contribución parafiscal corresponde al pago de los honorarios finales, una vez se profiera el laudo que pone fin al proceso, ante la devolución de los montos correspondientes, es claro que no se configuran los supuestos normativos para la causación y correlativo pago del mismo.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado por CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A. en contra de DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE, al cual correspondió el número de radicación 131153, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

RESUELVE:

PRIMERO: En los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, declarar la falta de competencia de este Tribunal por inexistencia del pacto arbitral, respecto de las controversias surgidas entre CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A. y DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE.

SEGUNDO: En los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, declarar que las funciones del Tribunal Arbitral y del secretario, en el proceso iniciado por CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A. en contra de DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE, han cesado.

TERCERO: En los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, declarar terminado el proceso arbitral identificado con el número 131153, iniciado por CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A. en contra de DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE.

CUARTO: Ordenar la devolución de los valores consignados por concepto de honorarios de árbitro y secretario, en las proporciones correspondientes.

QUINTO: Por los motivos expuestos en la parte motiva de este Laudo, abstenerse de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.

SEXTO: Por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, abstenerse de proferir condena en costas.

SÉPTIMO: Por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, abstenerse de ordenar el pago de la contribución parafiscal correspondiente a la *“contribución especial arbitral”*.

OCTAVO: Por los motivos expuestos en las consideraciones de esta providencia, abstenerse de ordenar la devolución de los gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.
Vs.
DANIEL FERNANDO ARGÜELLES TANGARIFE
(Trámite 131153)

NOVENO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual tomará nota de la expedición de este laudo arbitral para los efectos previstos en la Ley.

DÉCIMO: Disponer que, en firme esta providencia y por Secretaría, se remita el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que proceda a su archivo, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este laudo arbitral fue notificado en audiencia realizada por medios electrónicos y se suscribe con firmas escaneadas o digitalizadas, como lo autoriza la legislación procesal vigente.



FELIPE SUESCÚN DE ROA
Árbitro único



JULIÁN FELIPE OVALLES CORTÉS
Secretario