

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC5677-2018

Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-03480-00

(Aprobado en sala de once de julio de dos mil dieciocho)

Bogotá. D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Se resuelve el recurso de anulación formulado por las sociedades SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y FERROVIAL AGROMAN S.A. en su condición de integrantes del CONSORCIO FERROVIAL – SAINC, frente al laudo arbitral de fecha 19 de julio de 2017, corregido mediante *Addendum* complementario de 8 de noviembre del mismo año, proferido por la Cámara de Comercio Internacional, cuya sede fue la ciudad de Bogotá, dentro del proceso arbitral promovido por las recurrentes contra la sociedad Carbones del Cerrejón Limited.

I. PRETENSIONES

Pretende el recurrente que la Corporación disponga:

i. Anular el Laudo proferido por el Tribunal Arbitral administrado por la Cámara de Comercio Internacional con sede en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el 19 de julio de 2017, corregido mediante *Addendum* del 8 de noviembre de la misma calenda.

ii. Ordenar a la sociedad Carbones del Cerrejón Limited, en adelante el Cerrejón, a restituir las sumas de dinero pagadas con sus intereses de mora y la actualización que considere apropiada.

iii. Condenar a Carbones del Cerrejón Limited a pagar al Consorcio las costas del recurso de anulación.

II. ANTECEDENTES

1. Entre las partes en contienda, el día 14 de mayo de 2012, se celebró contrato cuyo objeto fue la construcción del componente del Puerto del Proyecto de Expansión P40 del Cerrejón, el cual debía ejecutarse en Puerto Bolívar, la Guajira, conforme a los diseños y especificaciones técnicas suministrados por el Cerrejón.

2. El mencionado contrato se dio por terminado por el Cerrejón, por lo que el Consorcio consideró que debía cancelarle los sobrecostos económicos e impactos programáticos no imputables a él, que se generaron durante su vigencia.

3. En procura de tales reconocimientos económicos los recurrentes convocaron al Cerrejón a un tribunal arbitral internacional, ante la Cámara de Comercio Internacional, cuya sede se acordó sería la ciudad de Bogotá D.C., a fin de que se declarara la terminación del mentado contrato en las fechas indicadas en el hecho 19 del escrito de impugnación, y se le condenara *«al pago de las compensaciones e indemnizaciones, ajustes, reajustes, corrección monetaria, costo de oportunidad, mayores costos financieros e intereses y costas»*.

4. Frente a tal llamado la interpelada se opuso a las pretensiones incoadas en su contra en el libelo inicial y formuló demanda de reconvención, en la cual *«en síntesis, solicitó; (i) la declaración de que no se cumplieron los supuestos de hecho y de derecho para la terminación del Contrato, el cual no ha terminado, y "está surtiendo plenos efectos"; (ii) la nulidad absoluta de la cláusula 8.0 del Contrato y del numeral 5.0 de su anexo B, respecto del límite de responsabilidad; (iii) el incumplimiento del Consorcio, en particular al incumplir los hitos y abandonar la Obra; (iv) la condena al pago de multas, daños y perjuicios moratorios, pagos efectuados a terceros, reembolso de costos pagados, y costas»*. El Consorcio replicó solicitando se desestimaran todas las reclamaciones del Cerrejón, porque, en su sentir, no incurrió en incumplimientos graves y deliberados¹.

5. Atendiendo el alcance de esas manifestaciones se procedió a emitir la orden procesal número uno (1), que *«estableció el calendario procesal y las normas de procedimiento del arbitraje»* y el 14 de abril siguiente se suscribió el *«Acta de Misión*

¹ De acuerdo con la remembranza fáctica contenida en el laudo arbitral objeto de impugnación (fls. 039-159).

para el arbitraje»; con ocasión de la primera, las partes remitieron los correspondientes escritos de demandas –principal y reconvencional- contestaciones y réplicas respectivas.

6. El 19 de julio de 2017 se profirió el laudo arbitral, que fue corregido a instancia del demandante mediante *addendum* de fecha ocho (8) de noviembre del mismo año, en el cual se acogieron las pretensiones del Cerrejón y desestimaron las del Consorcio, condenándose a éste último a pagar al primero la suma de \$102.158.165.822,70 con intereses moratorios, desde el 31 de enero de 2017, y los costos del arbitraje.

III. EL RECURSO DE ANULACIÓN

1. El extremo vencido formuló recurso de anulación contra la decisión arbitral, esgrimiendo para ello las causales previstas en el numeral 1 literales b), c), d) y numeral 2 literal b) del artículo 108 de la ley 1563 de 2012, según las cuales el laudo arbitral se podrá anular a petición de parte o de oficio en los siguientes eventos:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:
(...)

b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

c) Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones

del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

2. De oficio, cuando:

(...)

b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

2. Sirven de soporte a las causales de anulación alegadas, en lo medular, los siguientes hechos relevantes:

2.1. «no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos».

Luego de referirse al alcance que de la mentada causal han dado distintas autoridades judiciales y citar precedentes en relación con la misma, sostiene que el tribunal *«incurrió en nueve omisiones de valoración de pruebas determinantes, cuya relevancia e incidencia en el laudo arbitral es definitiva y hubiera implicado una decisión diferente a la adoptada»*, los cuales enuncia de la siguiente manera:

«a) Primera Omisión: *El Laudo carece de un mínimo ejercicio probatorio respecto del dictamen pericial de parte elaborado por GLOBAL, "bajo la dirección del Ing. Carlos E. Sosa", acompañado por Cerrejón, y además omite toda referencia y decisión sobre la cuestionada competencia, idoneidad, imparcialidad e independencia del perito».*

b) **Segunda Omisión:** El Tribunal omitió el testimonio de Andrés Soto Velasco, vicepresidente del Proyecto de Expansión de Cerrejón (Proyecto P40), quien confirmó que se había modificado el cronograma contractual.

c) **Tercera Omisión.** El Tribunal omitió la Orden de Cambio No. 3 proferida por Cerrejón y los documentos relativos a la misma, que modificaron y afectaron el cronograma contractual.

d) **Cuarta Omisión:** El Tribunal omitió valorar la prueba pericial, testifical y documental que demostró que el cambio de cemento establecido en la Orden de Cambio No. 1 impartida unilateralmente por Cerrejón, causó un impacto programático material que alteró el cronograma inicial de la Obra. Estas omisiones son materiales y relevantes por cuanto los medios de prueba omitidos demuestran que el Consorcio no estaba en incumplimiento al momento del inicio de la huelga de los trabajadores de Sintracarbón.

e) **Quinta Omisión:** El Laudo omitió valorar las comunicaciones dirigidas por el Administrador del Contrato en nombre y representación de Cerrejón en cuanto hace al condicionamiento del inicio y levantamiento de la suspensión a la huelga de Sintracarbón, así como su conducta previa, prueba toda relevante respecto de la terminación anticipada del Contrato.

f) **Sexta Omisión:** El Laudo omitió valorar en concreto, la conducta singular del Consorcio en el marco fáctico de circunstancias para soportar su conclusión que incurrió en culpa grave o dolosa e imponer sus consecuencias con el desconocimiento del límite de responsabilidad pactado, sin indicar qué pruebas valoró, cómo las valoró, tampoco calificar los incumplimientos, ni existir prueba alguna.

g) **Séptima Omisión:** El Laudo omitió valorar la rectificación del "Experto" Global en la Audiencia sobre su afirmación en el "dictamen de parte" presentado por Cerrejón sobre la supuesta inclusión en el Plan de Trabajo de las fechas relativas al suministro del Jack-Up que sabía de antemano no se podían cumplir porque desde abril de 2012 tenía previsto ensamblar esos equipos en la isla de Trinidad y Tobago.

h) **Octava Omisión:** El Laudo omite valorar el dictamen pericial de ARUP en relación con las diferencias sustanciales entre la obra

ejecutada por Cerrejón y la Obra contratada al Consorcio, y se aparta de la ley aplicable al establecer los criterios para la aplicación de la Cláusula 7.2 del Contrato.

*i) **Novena Omisión:** El Laudo omitió valorar el dictamen pericial de ARUP en relación con los costos reclamados por Cerrejón por la culminación de la obra a través de terceros».*

Para la demostración de las omisiones endilgadas procede el recurrente a detallar las falencias que, considera, se presentaron en el ejercicio de valoración probatoria que hiciera el tribunal en relación con los medios demostrativos referidos en cada uno de los ítems mencionados.

2.2. El laudo **«contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje».**

En este aparte, tras realizar igualmente una semblanza conceptual en relación con dicha causal, evoca el contenido de la cláusula dieciocho (18) del contrato, en el cual se pactó que la ley aplicable eran las de la República de Colombia y para la resolución de los conflictos *«Arbitraje en derecho de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)»*.

Sostiene a partir de esto, que el tribunal, al decidir, no aplicó la normativa indicada, puesto que desconoció lo relacionado con la *«Libertad de forma para la expresión del contrato y sus modificaciones (arts., 1494, 1495. 1500, 1501, 1502 del Código Civil y 824 del Código de Comercio)»*, porque en su determinación desatendió la *«consensualidad, la libertad de formas y la modificación del contenido de un contrato por cualquier modo oral o escrito, expreso o*

tácito, aún en la hipótesis de haberse pactado una forma convencional escrita que puede extinguirse también por una forma libre».

Apunta que tal proceder «constituye una absoluta falta de aplicación de la ley sustancial colombiana, y en todo caso, en gracia de discusión, según la jurisprudencia de las altas cortes, una decisión en "conciencia" o en "equidad", al ser palmario, prístino, a simple vista que la decisión adoptada en el Laudo sobre esta específica cuestión del fondo del litigio, se aparta de lo que la misma dispone, por lo cual, el Laudo, en asunto tan relevante, no se profiere en el derecho positivo, sino en una consideración subjetiva, sin que la cita de las normas jurídicas para dar la apariencia de fundamento normativo y desviar la subjetividad de la decisión, desvirtúe esta conclusión».

Se ocupa a continuación del análisis de algunas probanzas y señala las conclusiones que, a su juicio, de ellas emanan, así como también de los argumentos expuestos por el tribunal, para colegir que la decisión debe ser anulada porque:

«i. Primero, el Laudo carece de motivación que conduzca a la aplicación de (a) intereses moratorios, (b) desde el 31 de enero de 2017, (c) "a la tasa máxima de mora certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para la modalidad de crédito de consumo y ordinario [...]". Basta leer el Laudo para comprobar que no existe razonamiento alguno respecto de la aplicación de esta tasa de intereses y mucho menos respecto de la fecha a partir de la cual deben correr dichos intereses. Tan no es cierto que el tipo, la tasa y la fecha de los intereses corresponda a la "constancias en estas actuaciones", como lo señaló el Tribunal en su Addendum, que Cerrejón también solicitó al Tribunal -aunque fuera del término correspondiente- que aclarara o corrigiera esta determinación, pues no correspondía con lo alegado por las Partes en el arbitraje, ni con lo establecido en la parte motiva del Laudo.

ii. Segundo, el Tribunal Arbitral sustituyó la ley aplicable —es decir, la ley colombiana— para en su lugar aplicar el tipo, la tasa

y la fecha de los intereses que "el Tribunal considera adecuada". En efecto, la fecha dispuesta en el Laudo para los intereses moratorios no corresponde (a) ni al vencimiento del término para ejecutar una obligación a plazo; (b) ni a la fecha de reconvención judicial del deudor, (c) ni a la fecha del Laudo que declara el incumplimiento, establece el monto de la condena y ordena su pago. En opinión del Consorcio, tratándose de una obligación discutida y un monto incierto, los intereses no podían empezar a correr desde una fecha distinta a la fecha de notificación del Laudo».

2.3. Que «el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes».

En este acápite refiere, que en el contrato se determinó, en cuanto a la resolución de conflictos, que el arbitraje sería en derecho, pero el «procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes», porque el Laudo al decidir cuestión relevante no excluyó el testimonio escrito acompañado por Cerrejón del Sr. Jaysen Chilcott, Director de Proyecto P40, como Administrador del Contrato, y decidió cuestiones relevantes del litigio con el sentido y alcance señalado por el citado testigo en relación con el contenido de sus comunicaciones y actas de reunión respecto de la ejecución del Contrato, sin que el Consorcio pudiera contrainterrogarlo al no asistir a la Audiencia ni presentar excusa justificada de su incomparecencia, circunstancia que de acuerdo al procedimiento, imponía su exclusión».

Da cuenta de la declaración escrita que del mentado Jaysen Chilcott se allegó al trámite y de la apreciación que hiciera el tribunal de la misma.

Anota que, es «evidente que el procedimiento no se ajustó a lo acordado por las partes, porque según el párrafo 26 de la Orden Procesal No. 1 expedida por el Tribunal conforme Acta de Misión y al Reglamento de Arbitraje de la CCI debía excluirse el testimonio escrito del Sr. Jaysen

Chilcott, acompañado por Cerrejón para sustentar los hechos y sus reclamaciones, en virtud de su inasistencia a la audiencia sin excusa alguna para su contrainterrogatorio y el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del Consorcio. Por lo tanto, no podían considerarse las comunicaciones y actas de reunión suscritas por el Sr. Chilcott, con el sentido y alcance señalado por éste en su testimonio. Esta circunstancia claramente conduce a la anulación del Laudo, al estar fundado en pruebas que el Consorcio no pudo controvertir —habiendo solicitado oportunamente la posibilidad de contrainterrogar al testigo— y habiendo desestimado el Tribunal las consecuencias de la inasistencia del testigo expresamente previstas en la Orden Procesal No. 1»; se queja nuevamente de la apreciación que hiciera el tribunal del material probatorio, en especial de algunas comunicaciones emitidas por aquel testigo, y que motivaron que no tuvieran acogida por el tribunal las modificaciones que se hicieron al contrato objeto de controversia.

Más adelante expone, que «[E]sta situación fue puesta de presente al Tribunal por el Consorcio en el Memorial de Contestación de la Demanda de Reconvención del 10 de abril de 2015: "Contrario a lo que afirma Jaysen Chilcott en su testimonio, en la reunión del 12 de julio de 2012 el Consorcio no se comprometió con fechas específicas y Gabriel González no firmó documento alguno en señal de este compromiso." Dichas afirmaciones no fueron objeto de contradicción por parte de Cerrejón en el contrainterrogatorio al Sr. Gabriel González en audiencia", dejando incólumes las serias dudas sobre la veracidad de las afirmaciones contenidas en el testimonio del Sr. Chilcott».

«Por todo lo anterior, el hecho que el Tribunal no haya aplicado el párrafo 26 de la Orden Procesal No. 1 configura una vulneración al artículo 108, numeral 1 literal d) de la Ley 1563 de 2012».

2.4. «El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia».

Comienza llamando la atención respecto a que *«violaciones al debido proceso que impidan a una de las partes "hacer valer sus derechos" en los términos del artículo 108.1 (b) de la Ley 1563 de 2012, son igualmente violaciones al orden público internacional de Colombia en los términos del artículo 108. 2 (b) del mismo estatuto»*, tras lo cual hace referencia al concepto de orden público internacional, citando apartes de la sentencia del 18 de abril de 2017, y dice que *«la existencia de vías de hecho por defectos fácticos o sustantivos en un laudo arbitral dictado en el marco de un arbitraje internacional, haría que este fuera contrario al orden público internacional de Colombia»*.

Para efecto de la demostración de la causal alegada manifiesta, que *«son parte indisociable de este aparte las anotaciones ya expuestas en los cargos precedentes que por brevedad se entienden reproducidas en este acápite, en las cuales se explican y acreditan los hechos y fundamentos de las violaciones al debido proceso, ya por absoluta inexistencia de valoración de pruebas relevantes y determinantes, ora inaplicación de las leyes que gobiernan la cuestión litigiosa, la transgresión del procedimiento y el Laudo proferido no en derecho, sea por las omisiones probatorias, ora la aparente motivación (ver párrafos 50, 51, 52, 53, 58, 64 a 160; 172, 173, 174, 178 a 216)»*.

3. El Cerrejón se pronunció, oportunamente, respecto del escrito de impugnación, refiriéndose a los antecedentes del caso, a la naturaleza del recurso de anulación, alcance de las causales invocadas por el recurrente, haciendo la réplica correspondiente frente a las mismas, y pidió declarar infundado el recurso extraordinario. (fls. 297-388).

IV. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 68 inciso segundo de la ley 1563 de 2012, esta Corporación es competente para resolver los recursos de anulación formulados contra laudos arbitrales internacionales, con sustento en las causales taxativamente previstas en la ley; supuestos que se configuran en el presente asunto.

Esto es así, por cuanto la providencia impugnada es el laudo arbitral de fecha 19 de julio de 2017, corregido mediante *Addendum* complementario de noviembre 8 del mismo año, proferido por un tribunal arbitral administrado por la Cámara de Comercio Internacional, cuya sede fue la ciudad de Bogotá D.C. de la República de Colombia, integrado para dirimir la controversia planteada por las sociedades FERROVIAL AGROMAN S.A. y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. en su condición de integrantes del CONSORCIO FERROVIAL – SAINC, contra Carbones del Cerrejón Limited, siendo la primera de las mencionadas sociedades constituida bajo las leyes del Reino de España y domicilio principal en Madrid, las restantes empresas son de origen Colombiano.

Adicionalmente, porque se ha cumplido con el traslado de rigor que prevé el artículo 109 del estatuto arbitral, por lo que es del caso que, sin que haya lugar a más trámite, se profiera la sentencia correspondiente que desate la impugnación impetrada.

2. En relación con el arbitramento ha dicho esta Corporación que:

«es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autorizado por la Constitución Nacional, mediante el cual las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, confían su decisión a unos particulares, que adquieren el carácter de árbitros y administran justicia en esa específica disputa, a través de un procedimiento preestablecido y en única instancia que finaliza con el laudo, cuya obligatoriedad han aceptado de antemano, sus efectos hacen tránsito a cosa juzgada y es susceptible de ser atacado a través del recurso de anulación, y contra la sentencia que decide este y el mismo laudo, el de revisión, medios impugnativos que por su carácter extraordinario no permiten reexaminarlo integralmente, sino por las causales previstas taxativamente en la ley" (Fallo del 11 de septiembre de 2012, Exp. T. N°. 01862-00).

3. En materia arbitral el estado Colombiano, de tiempo atrás, ha venido procurando ajustarse a las directrices internacionales, es así como suscribió e incorporó al orden interno la convención de New York de 10 de junio de 1958, referente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, mediante la ley 37 de 1979, ratificando esa adhesión con la expedición ley 39 de 1990, tras haberse declarado por esta Corte la inexecutable de la primera, mediante sentencia del 6 de octubre de 1988; convención en la cual se fijan algunas reglas de procedimiento para lograr tal reconocimiento y se señalan las razones por las cuales es dable negar este, o impedir o suspender la ejecución del laudo.

De igual forma suscribió la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, redactada en

Ciudad de Panamá – Panamá el 30 de enero de 1975, que reconoce la validez del arbitraje para dirimir diferencias derivadas de un negocio mercantil; convención incorporada en el orden interno a través de la ley 44 de 19 de septiembre de 1986.

También suscribió la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, dada en Montevideo - Uruguay el 8 de mayo de 1979, que propendió por asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, entre los distintos países firmantes y que dispone remitir a lo no previsto allí, relativo a laudos arbitrales, a la Convención de Panamá; siendo aprobada mediante la ley 16 de enero 22 de 1981.

Acoge aspectos consagrados en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 11 de diciembre de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional, cuya finalidad fue contribuir *«de manera importante al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales»*.

Con tal norte se expidió la ley 315 del 12 de septiembre de 1996, a través de la cual se entró a regular el arbitraje internacional, previéndose allí, que *«El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley,*

en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero»; disposición que fue incorporada posteriormente al Decreto 1818 de 7 de septiembre de 1998, en el cual se compilaron las disposiciones relacionadas con los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), y finalmente derogada expresamente por la ley 1563 del 12 de julio de 2012, que hoy por hoy regula el arbitraje nacional e internacional en Colombia, este último con base en la regulación contenida en la Ley Modelo de la CNUDMI.

4. Del contenido del referido ordenamiento arbitral, emerge la tendencia unificadora y de fortalecimiento del arbitraje como método de solución de conflictos, por lo que los mecanismos para impugnar el laudo arbitral internacional han quedado reducidos al recurso de anulación que podrá interponerse únicamente con soporte en causales taxativas, encaminadas a la protección de las garantías al debido proceso, sin trasladar al juez de la anulación la potestad de examinar el fondo del litigio, pues este queda reservado exclusivamente a los árbitros, en la medida que

pese a esa intervención del órgano jurisdiccional este recurso extraordinario no constituye una instancia adicional.

4.1 Acerca del recurso de anulación esta Corte ha dicho que:

«Su procedencia está restringida en gran medida, y de manera particular porque solo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, stricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes....Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedimental del arbitraje, y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento». (Sentencia 13 de junio de 1990). Posteriormente señalo: "Por esta vía no es factible revisar las cuestiones de fondo, que contenga el laudo ni menos aún las apreciaciones críticas, lógicas o históricas en que se funda en el campo de la prueba, sino que su cometido es el de controlar el razonable desenvolvimiento de la instancia arbitral" (CSJ SC de 21 de feb. de 1996, Rad. 5340).

Significa lo anterior que, este mecanismo de impugnación de los laudos arbitrales, tiene como finalidad esencial garantizar la protección efectiva al debido proceso, para lo cual el impugnante deberá acudir a cualquiera de las expresas causales que el legislador consagra, a fin de poner en evidencia la eventual existencia de errores de procedimiento que en el desarrollo del mismo afectaron

aquella garantía fundamental, sin que, consecuentemente, puedan plantearse errores de juzgamiento, pues tal instrumento no está contemplado para reiniciar el debate fallado por los árbitros.

Tal limitación trae aparejado, que la Corte, al resolver el recurso, no podrá realizar un estudio de fondo de la situación debatida, de la valoración probatoria, o de los razonamientos jurídicos en que el tribunal soportó su determinación, como diamantinamente lo establece en nuestro país el artículo 107 de la ley 1563 de 2012, según el cual *«la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral»*.

Esto, por cuanto la decisión arbitral es el resultado de la actividad jurisdiccional que dirime el pleito con carácter definitivo, obligatorio y con efectos de cosa juzgada y, en ese orden, cobijada con el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales, en virtud de la competencia delegada asignada los árbitros por los contratantes, quedando así sometida la controversia a lo que estos definan, motivo por el cual esa intangibilidad únicamente podrá enervarse cuando con ocasión de ellas se hubiere afectado el derecho al debido proceso por vicios procesales que afecten las garantías de las partes o por el desconocimiento del orden público.

4.2. Es lo cierto que el trámite del recurso de anulación habrá de surtirse con soporte en la normativa del país sede del arbitraje, en razón del principio de territorialidad, como

se reconoce en la Ley Modelo de la CNUDMI, que sirvió de base para la regulación local del arbitraje internacional, pero ello deberá hacerse atendiendo los principios generales que en la materia han demarcado los convenios internacionales, de forma particular la convención de New York de 1958, que impone a los Estados contratantes reconocer la autoridad de la sentencia arbitral.

Ciertamente, en aras de fortalecer el arbitraje, la Convención de New York de 1958 previó únicamente causales por las cuales podrá negarse el reconocimiento de un laudo internacional (art. V.), ocurriendo lo propio en la Convención de Panamá de 1975 (art. 5°), aun cuando en el resto del articulado se encuentran algunas referencias a la posibilidad de la anulación del laudo; empero, en la Ley Modelo de Arbitraje de 1985 (CNUDMI), se estandarizaron éstas con las que pueden motivar la petición de nulidad (art. 34), siendo esta última la que ha servido para que en la práctica, en la comunidad internacional, dichos motivos tiendan a unificarse con el propósito de dar certeza a las decisiones arbitrales, como ocurre en Colombia con la ley 1563 de 2012, que contempla iguales supuestos en su artículo 108, con unas pocas particularidades.

En efecto, de cara a esa tendencia internacional de favorecer la validez de los laudos internacionales, el reclamo de nulidad en nuestro país deberá soportarse, entonces, en alguna de las precisas causales que contempla el artículo 108 de la ley 1563 de 2012, sin que pueda extenderse a

motivos distintos a los allí previstos o aplicarse a otros por analogía.

5. Para el caso que ocupa la atención de la Corte se abordará el alcance de las causales que fueron esbozadas por el impugnante para soportar la petición de anulación, para luego entrar en el estudio concreto del caso.

5.1. «b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, no puso hacer valer sus derechos».

Esta causal recoge, en esencia, el respeto por el derecho de contradicción y defensa, en cuya ausencia resulta inviable reconocer eficacia jurídica a las actuaciones judiciales, previéndose aquí tres claros supuestos.

El primero hace referencia al debido enteramiento de la designación de los árbitros, habida cuenta que teniendo estos la función de administrar justicia de manera excepcional, en virtud de la delegación expresa que para ello le confieren las partes, a través del correspondiente pacto arbitral, es indispensable que como acto esencial para la ejecución del arbitraje se les ponga en conocimiento su designación, a fin de constatar de manera liminar la existencia o no de alguna causal de impedimento o recusación que pueda afectar su desempeño.

El segundo se refiere a la notificación de la iniciación del trámite arbitral, puesto que tales actuaciones no son ajenas al postulado constitucional que obliga a garantizar el derecho de contradicción y defensa en las actuaciones judiciales, lo que sólo resulta viable en la medida que el interpelado sea cabalmente enterado de la actuación iniciada en su contra, que le permita, en desarrollo del mentado postulado, a más de alegar las defensas que estime convenientes para la salvaguarda de sus intereses, incluida una eventual demanda de mutua petición, controvertir y aportar las pruebas que habrán de soportar la decisión final.

Con esa misma finalidad la mentada causal se extiende a aquellos supuestos en los que por cualquiera otra razón el recurrente, en el curso de la actuación arbitral, no pudo hacer valer sus derechos, por contrariarse la exigencia que imponen un trato igualitario y respeto por las garantías procesales obligatorias, amén de la indiscutible prerrogativa que tienen los sujetos para ser oídos en los pleitos para ejercer adecuadamente su derecho de contradicción y defensa.

Sin embargo, por el alcance de dicha causal, es imperativo para su prosperidad que la afectación al debido proceso tenga un carácter sustancial, esto es, que sea de tal relevancia que ciertamente afecte dicha garantía, pudiendo calificarse de tales, a modo ilustrativo, el rechazo injustificado de pruebas pertinentes y útiles, la celebración de audiencias o diligencias en fechas distintas a las programadas, o no notificar oportuna y debidamente a las

partes la fecha de su realización, impedir la contradicción de las pruebas arrimadas por las partes, entre otras; sin que lo sustancial pueda equipararse a sustantivo, para introducir por esa vía reparos frente a la apreciación y valoración del material demostrativo allegado al juicio o a las argumentaciones que sirvieron de fundamento a la decisión.

Si bien, de acuerdo con lo indicado en precedencia, existen omisiones relacionadas con las pruebas que pueden cuestionarse a través del recurso de anulación, ello tiene lugar desde el aspecto meramente formal, esto es, en lo que hace a la exclusión injustificada, o incorporación irregular, falta de contradicción, entre otras, y siempre que se trate de una prueba que resulte relevante para definir el sentido de la decisión, puesto que tal proceder trasgrede la garantía *ius fundamental*, que habilita el reclamo a través del recurso de anulación, teniendo el recurrente la carga argumentativa de demostrar la evidente trasgresión de las reglas procesales en detrimento de sus garantías.

Para alegar la ocurrencia de este motivo de anulación deviene imperativo que el yerro probatorio sea ostensible, flagrante, manifiesto e irrazonable, además debe tener una incidencia directa en la decisión, sin que pueda, entonces, predicarse vulneración al debido proceso por la mera discrepancia que pueda existir en materia de *«interpretaciones normativas y las apreciaciones probatorias en las decisiones judiciales, por ser ello de competencia de los jueces»* (CSJ STC de 21 de julio de 1995, exp. N° 2397), es especial en materia arbitral ante

las limitaciones que en relación con la valoración se impone a la Corte.

5.2. *El laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas.*

5.2.1. Siendo el arbitraje, como es, un medio extrajudicial de solución de conflictos, en el que por virtud de la autonomía de la voluntad privada se sustrae de la justicia ordinaria la definición de ciertas controversias derivadas de una específica relación jurídica contractual, para someterlas a la decisión de los árbitros, el poder definitorio de estos deriva y quedará demarcado por los asuntos que expresamente le confíen las partes en el denominado pacto arbitral.

Por la naturaleza misma del arbitraje, el autor Hugo Alsina sostiene, que «...los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes, sólo con relación a éstas revisten el carácter de jueces, **y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan**. El procedimiento a que deben ajustarse para que las resoluciones sean obligatorias y puedan ejecutarse en la misma

forma que las sentencias de los jueces del Estado, constituye el juicio Arbitral...»²

En este orden, la autoridad judicial convencionalmente atribuida a los árbitros no podrá desbordar los límites objetivos fijados por el pacto o convenio, que constituye la base contractual de la jurisdicción.

5.2.2. Al igual que la causal anterior del contenido de ésta emergen dos (2) supuestos que pueden invalidar el laudo arbitral, como son: (i) que el laudo verse «sobre una controversia no previstas en el acuerdo de arbitraje» y (ii) «contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje».

Refulge diamantino el primero, habida cuenta que ante esa competencia delegada que tienen los árbitros, estos únicamente están llamados a pronunciarse en relación con las específicas materias que de forma indubitable quisieron las partes sustraer de la jurisdicción ordinaria, y que sean susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje, motivo por el cual, se podrá anular el laudo cuando el tribunal de arbitramento decide sobre aspectos no comprendidos en el pacto arbitral; de tal manera que la configuración o no de dicha causal se determina a partir de una comparación objetiva entre el contenido del acuerdo arbitral y el objeto de la controversia definida por los árbitros, amen que cualquier otra consideración implicaría una intervención inadmisibile

² Alsina Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII Juicios Especiales, Procedimientos ante la Justicia de paz, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1965, pág. 19.*

al aspecto sustancial, que le está vedada al juez de la anulación.

De su parte, el segundo, hace referencia a un exceso en la decisión arbitral, esto es, que los árbitros resuelven parcialmente por fuera de lo autorizado en el pacto, evento en el cual la valoración de su configuración o no debe realizarse con idéntico rigor que en el anterior, pero como bien lo autoriza el propio ordenamiento *«si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas»*, permitiendo de esta forma que se mantengan incólumes aquellas determinaciones que sí estuvieron ajustadas a los precisos senderos convenidos en el pacto arbitral.

Adicionalmente, para determinar el alcance del pacto deberá acudir a las reglas de interpretación del negocio jurídico, así como al principio pro-arbitraje, teniendo en cuenta su amplitud o limitación, al igual que la remisión que hagan las partes a las reglas que han de gobernarlos.

5.2.3. Deviene de lo expuesto, que para sustentar esta causal no resultan válidos argumentos que se enfilen a descalificar el mérito del raciocinio hecho por los árbitros en la decisión que se impugna; no se pueden cuestionar las consideraciones que sirvieron como motivos determinantes del fallo, con abstracción de cualquier otro planteamiento ajeno a la causal misma, pues ello sería propio de un recurso de instancia, lo que se aleja de la esencia del recurso de anulación.

5.3. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

5.3.1. Señala el artículo 92 de la ley 1563 de 2012 que «[L]as partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral», en ausencia del mentado acuerdo, indica la norma «el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas».

Se desprende de dicha disposición que en los laudos arbitrales existen dos (2) formas de fijar el procedimiento al cual deberá ceñirse la actuación, a saber.

- i. Fijado por acuerdo por las partes.
- ii. Definido por los árbitros.

El primero constituye una exteriorización más del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes convenir libremente el procedimiento al que deberán ajustarse los árbitros en todas sus actuaciones, ya sea a

partir de criterios particulares como son; número y forma de designación y calidad de los árbitros y su forma de reemplazarlos de ser necesario, idioma que se utilizará en las actuaciones, aportación de pruebas, práctica de audiencias términos, entre otros, sin que en todo caso tenga un carácter absoluto, habida cuenta que se deberán tomar en consideración que aquellas estipulaciones no contraríen algunas directrices fijadas en la ley y que resulten de imperativo acatamiento, como sería en trato igualitario o que cada una de ellas tenga plena oportunidad de hacer valer sus derechos (art. 91 ley 1563 de 2012). También podrán acordar que el arbitraje se sujete a las reglas preestablecidas en un determinado reglamento arbitral, como serían los referidos en la Ley Modelo de la CNUDMI, la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional, o la Cámara de Comercio Internacional, entre otros.

La primera modalidad es de usual aplicación en el denominado arbitraje *ad hoc*, en tanto que la segunda lo es del llamado institucional, pues en este último deben ajustarse a las reglas de procedimiento establecidas por el centro de arbitraje al cual acudan los interesados.

En el segundo, a falta de definición por las partes, los árbitros dirigirán el arbitraje del modo que consideren apropiado, sin que les resulte forzoso acudir a las normas procesales que rigen en la sede del arbitraje, salvo que las partes hayan pactado una ley procesal diferente, pero haciendo efectiva la garantía *ius fundamental* al debido proceso, atendiendo para ello los parámetros que en general

prevé la ley para el ejercicio de la función arbitral, acorde con las facultades que se reconocen en los convenios internacionales avalados por Colombia.

5.3.2. Tanto en el orden internacional como en el nacional se ha propendido por dejar a la libre autonomía de las partes la definición del procedimiento que habrá de aplicarse en el trámite arbitral, quedando las normas contenidas en las convenciones internacionales y leyes nacionales con un carácter meramente supletivo.

Obsérvese como en la Convención de Panamá en su artículo 3° señala, que *«a falta de acuerdo expreso entre las partes del arbitraje se llevará a cabo conforme las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).*

La Ley Modelo de la CNUDMI por su parte en su artículo 19 igualmente prevé, que *«las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones»* a falta de dicho acuerdo *«el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado...»*; postura que como se vio ésta replicada en el citado artículo 92 de la ley 1563 de 2012.

Con lo dispuesto en el citado artículo 3° de la Convención de Panamá en los arbitrajes internacionales que se adelanten en los países signatarios se llena cualquier vacío o subsanan los yerros derivados de una cláusula anómala, al imponer allí una remisión puntual al procedimiento previsto en la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional

(CIAC), de tal manera que de una u otra forma habrá certeza del procedimiento a adoptar, bien sea por convenio de las partes o en ausencia de este por virtud del bloque normativo que regula el tema.

5.3.3. Otro de los acuerdos que pueden celebrar las partes en materia arbitral es definir si el laudo con el cual se pondrá fin a la actuación será en derecho o en equidad: de ser en derecho, el tribunal *«decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes»* y si éstas no indican la normas aplicaran *«aquellas normas de derecho que estime pertinentes»*, entendiéndose para todos los efectos que las disposiciones aplicables, salvo estipulación en contrario, son las referidas *«al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes»*; la decisión podrá proferirse en equidad o *ex aequo et bono* únicamente cuando así lo autoricen expresamente las partes, debiendo en todo caso decidir *«con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso»*. (Artículo 101 Ley 1563 de 2012). Iguales previsiones aparecen contenidas en el artículo 28 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional.

De manera que, salvo estipulación explícita en contrario, la decisión arbitral deberá ser en derecho, con fundamento en la normativa dispuesta por las partes, pero tomando en consideración las estipulaciones contractuales si las hubiera y cualquier uso comercial pertinente.

5.3.4. Se tiene entonces, que la causal de anulación referida en el literal d) del citado artículo 108 se puede

configurar, cuando el tribunal desatiende injustificadamente aquellas pautas de procedimiento fijadas por las partes, bien por definición directa o por remisión a un reglamento arbitral, siempre que la omisión recaiga sobre todo el trámite y no de una actuación determinada, o que con ello se haya vulnerado el derecho de contradicción y defensa y, pese a ser puesto en conocimiento del tribunal por el afectado, no se hubieran adoptado las medidas para superar la vulneración, caso contrario, si estas no hacen manifestación alguna en relación con la mecánica procesal, no habrá lugar a cuestionamientos posteriores.

También se configura cuando sin que medie autorización expresa de las partes para que se profiera un fallo en equidad, el tribunal procede así, dejando de aplicar las normas que aquellos acordaron para la definición del caso.

5.4. *El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.*

Es clara la norma al habilitar la anulación del laudo, aun de oficio, cuando este resulte contrario al orden público internacional, lo que se justifica por el imperativo que tienen todas las autoridades de velar por su protección; sin embargo, es preciso examinar el alcance que se le ha dado al referido concepto, para lo cual se estima pertinente citar *in extenso* la sentencia de esta Corporación del 27 de julio de 2011, en la cual se examina éste en el derecho comparado así:

«c. La noción de “orden público” en el “Derecho Internacional Privado”, concuerda con el criterio de la doctrina, al señalar, que es diferente a la concebida en áreas como el “Constitucional” y el “Privado Interno”, pues en el ámbito de aquel, en el evento de llegar a contrariar principios fundamentales del ordenamiento jurídico, se erige como una excepción a la aplicación de la ley extranjera cuando se demanda el “reconocimiento y ejecución de un fallo foráneo”.

d. En procura de generar alguna ilustración al respecto, se tiene por ejemplo, que en Alemania el “orden público internacional”, también denominado “orden público absoluto”, o “cláusula de reserva”, se ha explicado esquemáticamente de la siguiente manera: “En una comunidad internacional existen principios básicos comunes, que reflejan el tipo de civilización o de formación jurídica a que pertenece ese grupo de países. Por ello no existe inconveniente para un país aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica se basan en principios no sólo diferentes sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces de este Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios”³.

Por su lado el Tribunal Supremo de España consideró que el “orden público internacional” es posible entenderlo como “(...) el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”⁴.

En suma, el concepto que acoge el “Derecho Internacional Privado” es el de “orden público internacional” que difiere de la noción de “orden público interno”, que en palabras de Werner GOLDSCHMIDT “constituye la barrera de la autonomía de las partes y abarca la totalidad del derecho civil coactivo”.⁵

³ BARTIN, citado por Marco Gerardo MONROY CABRA, en “Liber Amicorum”, homenaje al profesor Carlos Holguín Holguín, Bogotá, 1ª ed., Ed. Rosaristas, 1996.

⁴ Sentencia de 5 de abril de 1966, citada por Luis Fernando ÁLVAREZ LONDOÑO y otros. Derecho Internacional Privado - Estudios de Derecho Internacional 4. Bogotá, Unijaveriana.

⁵ Werner GOLDSCHMIDT. Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado. 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa América, 1952, pp. 441 y ss.

La distinción a la que se ha hecho mención tiene profunda significación, pues de ello se desprende que en la jurisprudencia de muchos países una norma obligatoria de derecho interno no necesariamente prevalece en asuntos internacionales. MARZORATI, en un estudio sobre la ejecución de los “laudos extranjeros”, pone como ejemplo la decisión de la Corte Suprema Suiza en el caso “Rothenberger vs. GEFA” y al respecto señala: “Las disposiciones del artículo 493 del Código de Obligaciones, conforme a las cuales una garantía debe ser otorgada por escribano público, son de naturaleza obligatoria. Pero esto no significa que también deberían ser consideradas como de orden público”⁶.

Los estados pertenecientes al “Common Law” siguen la orientación proveniente de los Estados Unidos de Norteamérica, según la cual el “orden público” se divide en “domestic and international public policy”; con ello, a menos que un “laudo” viole el “orden público internacional”, las Cortes deben ejecutarlo y reconocerlo. Por ejemplo, en “the Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societe Generale de L’Industrie du Papier (RAKTA) 508 F2 d 696 (1974) case”, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos señaló, que la noción de “orden público” (“public policy”) en la Convención de Nueva York, debe ser entendida limitativamente, y aplicarse solo cuando el reconocimiento o ejecución del “laudo” contraría “los conceptos más básicos de moralidad y justicia”⁷.

En España, con una tradición jurídica similar a la colombiana, el acercamiento a la anterior temática no dista mucho de la perspectiva anglosajona. En efecto, en la extensa investigación de Gonzalo QUIROGA “et al”, se da testimonio de que allí “[l]os comentarios de la jurisprudencia y la doctrina más autorizada consideran que existe una regla general de interpretación según la cual los motivos de rechazo al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales contenidos en el artículo V del Convenio de Nueva York, deben ser interpretados de manera estricta. Los tribunales nacionales hacen una distinción neta entre orden público interno y orden público internacional. La aplicación de la regla de interpretación restrictiva del artículo V 2 del convenio de Nueva York, explica por qué en la práctica han sido muy pocas las sentencias que han sido rechazadas por causa de su...

⁶ Oswaldo J. MARZORATI. Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Argentina - Colisión de convenciones aplicables en el Cono Sur y la Convención de Nueva York. Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión.

⁷ Cymie Payme, International Arbitration, American Society of International Law Proceeding (1996).

inarbitrabilidad, y el porqué de que casi todas las sentencias arbitrales sean ejecutadas. No cabe duda de que en la actualidad, el orden público que debe tener en cuenta el juez estatal cuando se enfrenta con el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral internacional debe ser un orden público internacional⁸. (CSJ SC de 27 de jul. de 2011, Rad. 2007-01956-00).

En la misma dirección posteriormente manifestó, que:

«El orden público interno halla explicación en el Código Civil colombiano, en el artículo 16, cuando introduce ese concepto, demandando que en los actos y negocios jurídicos: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”. El precepto armoniza con los arts. 822, 897, 898 del Código de Comercio, referidos a las condiciones de validez, inexistencia, nulidad e ineficacia de los negocios jurídicos; concordantes con las reglas 1524, 1528, 1740 y ss. del Código Civil, y otros textos sobre las condiciones estructurales o esenciales de los actos jurídicos, la causa y el objeto ilícito, como el régimen de nulidades de los mismos. Todos esos preceptos forman parte del mismo plexo.

El Ordenamiento Público Internacional es el límite que fija el legislador o el constituyente a la autonomía de la voluntad en el marco de las relaciones obligatorias que entrelaza a los diferentes sujetos de derecho en el territorio nacional; esta frontera y marco, realmente corresponde a un tinglado de normas imperativas de naturaleza constitucional y legal que se imponen como obligatorias para las partes cuando estipulan actos jurídicos, porque no pueden ser derogadas ni desconocidas en las convenciones que celebren.

Ahora el concepto de orden público internacional privado es la excepción (entendida como cláusula de reserva) frente al gobierno de la norma sustancial extranjera designada por la ley de conflicto, aplicable, por ejemplo, al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, cuando están en contraposición a los principios de un Estado, de su ideología o de los principios esenciales, con el propósito de salvaguardarlos. Por esta razón, según la doctrina consiste en “(...) una excepción a la aplicación

⁸ Gonzalo QUIROGA, “et al”. Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional. Universidad Complutense de Madrid, 2005, ebrary.com.

*normal de las leyes extranjeras o de las sentencias o laudos proferidos en el exterior*⁹.

*En el punto, esta Corte, ya ha expuesto que "(...) consiste en cualquier principio indispensable para la salvaguardia de la sociedad que aquellos representan, principios referentes como se sabe a los intereses esenciales de los países dadas las ideas particulares en ellos imperantes en la época y que pueden ser intereses políticos, morales, religiosos o económicos"*¹⁰. Y lo ha repetido, por ejemplo, en la sentencia del 29 de febrero de 1996; también lo ha hecho la Corte Constitucional en la sentencia C-410 de abril 25 de 2001, definiéndolo de manera un tanto análoga.

De consiguiente, es un medio de protección, de defensa y de preservación de los postulados fundamentales de un sistema jurídico, de sus intereses esenciales en su estructura económica, política, social o ética, razón por la cual, su naturaleza es privativa e interna de cada Estado, frente al desequilibrio, perturbación o desorden que pueda engendrar la aplicación de una norma extranjera.

*Sin embargo, ese broquel no puede tornarse en un medio para destruir la integración regional, la cooperación entre los diferentes pueblos y los procesos de unificación justificando nacionalismos falsos, egoístas y aislacionistas. Por ello la Sala, también tiene explicado que la cuestión debe encararse desde un criterio de "(...) orden público dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo"*¹¹. (CSJ SC12467-2016 de 7 de sept. de 2016. Rad. 2014-02737-00).

De acuerdo con lo anotado, esta causal tiene relación directa con los principios fundamentales y rectores que para el Estado resultan innegociables en el ámbito internacional, como quiera que no pueden quedar supeditados o menoscabados por pactos entre particulares, entre los que se pueden mencionar los que refieren al orden social y político

⁹ Holguín Holguín, Carlos, "La noción de orden público en el campo internacional" en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, núm. 290-29, agosto de 1990 a febrero de 1991, pp. 9 y ss.

¹⁰ CSJ. Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de julio de 1994.

¹¹ CSJ. Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de agosto de 2004.

del propio Estado, las libertades públicas o el derecho del ciudadano a tener un proceso con plenas garantías que le permita utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, constituyéndose así en un mecanismo de auto control por parte de los tribunales para el respeto de los mismos, de suerte que únicamente podrá tacharse de nulo un arbitraje con soporte en esta causal cuando con el laudo se trasgredan tales principios.

Es pertinente resaltar que en Colombia a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes y lo previsto en las convenciones de New York y Panamá o la Ley Modelo de Arbitraje, constituye motivo para no reconocer un laudo internacional o declarar su anulación que el laudo sea contrario al orden público «*internacional*» del país; expresión esta con la cual se da una mayor concreción al concepto, una visión más internacionalista y, por ende, se da una aplicación más restringida, ajustándose así a las nuevas tendencias de internacionalización de la economía o globalización de los mercados.

6. EL ASUNTO EXAMINADO:

6.1. Desde el pórtico se advierte que el recurso de anulación formulado adolece de técnica, como quiera que pretende replantear, por esta vía, el fondo de la controversia puesta a consideración de los árbitros, poniendo de presente la presunta ocurrencia de vicios de juzgamiento, situación que no es de conocimiento de la Corte, toda vez que, de acuerdo con lo antes examinado, su competencia está

limitada a la evaluación de la validez del laudo y no de la decisión adoptada, desdiciendo así de la naturaleza del recurso de anulación, situación que resultaría suficiente para desestimarlo. Pero aun si se dejara de lado tal falencia el mismo tampoco podría abrirse paso.

6.2. Alegó el recurrente que **no pudo hacer valer sus derechos**, en razón de la existencia de presuntos errores por parte del tribunal en el escrutinio del material probatorio, en que soportó su determinación, pues, a su juicio, incurrió en nueve (9) omisiones, ora por valoración, apreciación errónea o falta de apreciación de algunos elementos *suasivos*. Causal que no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

6.2.1. De acuerdo con la reseña procesal contenida en el laudo arbitral emerge que, en el curso del trámite, se garantizó la igualdad de las partes, permitiendo a cada una exponer su caso y ejercer su derecho de réplica, de contradicción y defensa, habilitándoles la posibilidad de allegar y controvertir las pruebas que estimaron relevantes para la defensa de sus intereses y para soportar la decisión, se consideró el material probatorio y los argumentos que tanto convocantes como convocada expusieron en las oportunidades previstas para ello, de suerte que no se avizora causa objetiva alguna de la cual puede inferirse un estado de cosas que irrefutablemente hubiera impedido a la recurrente hacer valer sus derechos.

6.2.2. Huelga insistir en que el recurso de anulación no está concebido como una instancia adicional para reabrir el

debate sobre el tema de la controversia puesta a consideración de los árbitros, amen que los errores que resultan admisibles sólo pueden ser *in procedendo* y no *in judicando*, ante la expresa prohibición que se impone al juez del recurso; empero, en este caso el recurrente no alude a la existencia de alguna falencia de tipo formal que afecta la validez de la decisión, sino otros aspectos que tocan con lo sustancial de la misma, desatendiendo tales directrices.

Obsérvese que sus reparos no están enfilados al trámite de decreto, práctica o contradicción de las pruebas que soportaron la decisión, en los cuales se hubiera eventualmente visto cercenado su derecho a solicitar las que estimara pertinentes para la defensa de sus derechos, o controvertir las que fueron esgrimidas en su contra, sino que cuestiona la valoración o no que de algunas particulares probanzas hiciera el tribunal, pretendiendo por ese sendero poner de manifiesto la ocurrencia de errores de juzgamiento que, se insiste, le están vedados al juez del recurso de anulación.

En este orden, mal podría la Corte adentrarse en un juicio de valor en relación con la eficacia demostrativa que pudo o no tener el material suasorio allegado por las partes en desarrollo del proceso arbitral, como quiera que ese ejercicio dialéctico se reservó exclusivamente a los árbitros, en razón de la facultad de juzgamiento que les fue conferida de manera temporal.

6.2.3. Tampoco se habilitaría la procedencia de la mentada causal como consecuencia de las falencias puestas de manifiesto por el recurrente, por transgresión del derecho al debido proceso, que justificara la intromisión de la Corte para salvaguardar la mencionada garantía, como pasa a verse.

A manera de introducción el tribunal arbitral reseña las posturas de las partes, cada una de las actuaciones adelantadas y las pruebas que se hicieron valer, detallando las aportadas entre el 31 de octubre y el 6 de noviembre de 2014 y 22 y 24 de febrero de 2016, entre las que están *«peritaje por costos incurridos», «Informe Pericial – concepto económico de profesional especializado», «Informe Pericial solicitado por el Consorcio Ferrovial Sainc en relación al procedimiento de arbitraje ante la ICC con sede en Bogotá», «Informe pericial concepto económico de profesional especializado (versión digital y versión papel)»*, dando cuenta también de la presentación de escritos en los cuales las partes formulan objeciones a la solicitud de documentos y sus réplicas.

En torno a esto último refiere, que *«las Demandantes solicitaron el rechazo de los documentos que identificaron en el Anexo A de su comunicación y que fueron aportados por la Demandada en su Memorial de Réplica al Memorial de Demanda del Consorcio», con fundamento «principalmente, en incumplimientos por parte de Cerrejón a la Orden Procesal No. 1, así como a la orden de aportación de documentos del 3 de agosto de 2015», porque según éste «los documentos litigiosos corresponden a costos incurridos por Cerrejón con anterioridad al 31 de mayo de 2014, y la Demandada ha incluido en su Memorial de Réplica y en el Informe de Global Project Strategy ("GPS")*

adjunta a ésta, información que había sido solicitada por el Consorcio en la etapa de Producción de Documentos pero que Cerrejón se había negado a entregar».

De igual forma sostiene que en la audiencia se recibieron las declaraciones «a) por las Demandantes: los peritos Horacio Salerno, Estrella Giralda, Felipe Fernández, Carlos Merino, Raúl Rodríguez, Yolanda Polo y Sara Briz, y los testigos de hecho Gustavo Varela Sobrino, Gabriel González Antón y Ángel Luis Sánchez Gil; y b) por la Demandada: los peritos Carlos Sosa y Héctor Salazar, y los testigos de hecho Andrés Soto Velasco, Isabel Manotas, Juan Manuel Murillo, Carlos Arturo Rojas Arango, Diana Carolina Ballesteros González y Greg Barfoot».

A partir de esto puntualiza, que «Para preparar el presente laudo, **se revisó toda la documentación que constituye estas actuaciones**», además que «[A]unque en este Laudo Final por razones de economía procesal se efectúen referencias concretas a sólo algunos - **y no necesariamente a todos** - los elementos de juicio, pruebas o argumentaciones de las Partes en este arbitraje, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta, en su análisis, conclusiones y determinaciones, las constancias íntegras que conforman las presentes actuaciones». (Negrillas ajenas al texto).

Con la mentada precisión el tribunal desarrolla la resolución del caso puesto a su consideración, haciendo referencia con mayor o menor puntualidad a las distintas probanzas que respaldan sus afirmaciones en las que ciertamente se advierte la eficacia que algunos le merecen.

Del contenido de la mentada decisión resulta relevante, de cara a los argumentos del recurrente, mencionar el énfasis

que se dio a los peritajes allegados por las partes, tanto el de Carlos E Sosa Global Project Strategy GPS, como al de Ove Arup & Partners S.A.U. "ARUP", del rendido por Geotécnica Andina Consultores S.A.S. "Geotécnica" y Claudia Patricia López Pérez, confrontando las afirmaciones y conclusiones que cada uno de ellos exponen, en relación con los aspectos técnicos y económicos que fueron objeto de su estudio, con el propósito de establecer la finalización o no del acuerdo comercial que ligaba a las partes, su incumplimiento y los perjuicios que pudieron generarse con ocasión de este.

También se menciona en el laudo la importancia que se da a la prueba documental allegada, referida a un sin número de correos electrónicos, comunicaciones entre las partes y con el administrador designado, pero especialmente del contrato objeto de controversia, del cual realiza interpretación de sus distintas estipulaciones para determinar la viabilidad o no de los reparos y reclamaciones que formularon los extremos procesales.

De acuerdo con esto, surge incontestable que en la toma de su decisión el tribunal arbitral no se fundó en la simple percepción de los árbitros sino que se basó en múltiples elementos probatorios para definir la vigencia o no del contrato, su terminación, incumplimiento y perjuicios que pudieron derivarse de este último; fue consecuencia, como expresamente dejó sentado en su laudo, de una valoración integral de la totalidad del material demostrativo que se allegó al trámite.

En efecto, el Tribunal de forma general al hacer mención a algún hecho probado anota al pie de página las pruebas que le sirven de soporte, confrontando estas con los distintos puntos de controversia para hacer claridad en los aspectos examinados, sin que resulte contrario a los derechos de las partes que en ese laborío no cite una a una cada prueba, en especial cuando en casos como el presente el material demostrativo allegado resultó por demás voluminoso y que tal proceder tornarían inacabable por no decir poco inteligible la decisión misma.

A manera de ejemplo podemos citar el examen que hace el tribunal respecto de algunas circunstancias que pudieron incidir en los hitos contractuales fijados, como son la disponibilidad del muelle auxiliar Ro Ro, el hundimiento del Jack Up Katja, del material Ra, características del material utilizado en el *causeway*, suministro y especificaciones del material Ra, tipos de cemento, para lo cual menciona algunas de las pruebas aportadas por las partes (Anexo C5, Informe pericial Arup, Anexo D72, Anexo C-66, Anexo 362, Anexo C-63 el Work Execution Plan del Consorcio Ferrovial Sainc el Work Execution Method, comunicaciones del Administrador, Contrato Cl007-0102, entre muchos otros).

Examina las razones que pudieron justificar la terminación unilateral del contrato por parte del Consorcio, por causa de la huelga de trabajadores por un periodo de 30 días, así como la suspensión del mismo a instancia del Cerrejón, del eventual ejercicio abusivo de esta facultad, evaluando otras tantas documentales, como fueron las

cartas dirigidas por el Consorcio al Administrador, comunicaciones del Cerrejón al Consorcio y las distintas estipulaciones contractuales.

Sondea otros aspectos técnicos y de logística en la ejecución del contrato, como fue lo referente a la matriz de riesgo y su incidencia en los cronogramas acordados, de manera particular si se dio o no una modificación de los «*hitos contractuales por acuerdo de partes*», lo que desestima *«[E]n virtud de los elementos de juicio y las razones arriba expuestos (parágrafos 636- 651) y los que se expondrán a continuación (parágrafos 653-716), el Tribunal Arbitral coincide con el análisis de Global del Camino Crítico, del cual surge el incumplimiento de los Hitos 1 y 2 por acciones u omisiones del Consorcio de conformidad con los retrasos comprobados por Global»*.

Luego de escrutar cada uno de los reproches formulados por el Consorcio, de cara a las distintas probanzas arrojadas, concluye *«que todas las pretensiones del Consorcio objeto de consideración en este Capítulo habrán de ser rechazadas, tanto en lo que hace a prolongación de plazos contractuales y a la exención de multas por la extensión de plazos, cuanto en lo que se refiere a las reclamaciones económicas correspondientes.*

«Pese a que el Tribunal Arbitral ha concluido que le asiste razón al Consorcio en sus argumentaciones y reclamos relativos al tipo de cemento a ser utilizado en la Obra (ver Capítulo IV. Ad), observase que los elementos o partes de la obra en que debía utilizarse, o bien no estaban en el camino crítico de la Obra (Core Loes), encepados sobre los pilotes, o bien nunca fueron realizados (Toe Blocks). En la medida en que este cemento fue utilizado (Cemex Marino Tipo V), la prueba demuestra que era más barato que el previsto contractualmente, por lo que, como se

destacará más adelante al analizar las reconvenciones de Cerrejón, éste tiene derecho al reembolso de las sumas pagadas en exceso al Consorcio bajo este rubro. En definitiva, por las razones apuntadas, también habrá de rechazarse esta pretensión del Consorcio en cuanto a reclamos programáticos o económicos basados en ella».

Después irrumpe en las reclamaciones que en la réplica y la demanda de reconvención hiciera el Cerrejón, cuya prosperidad justifica, a partir del incumplimiento contractual del Consorcio, que halló acreditado, y que ante «el número plural de incumplimientos» calificó de grave, lo que correlativamente generaba la nulidad parcial de la cláusula contractual referida al límite de responsabilidad, estimando así que del contenido del acuerdo negocial objeto del litigio emerge la legitimación para el cobro de multas.

Frente a la pretensión de indemnización que por daños y perjuicios formulara el Cerrejón, se remite al contenido del contrato, a la réplica de la demanda reconvencional, al «peritaje Experto Costos» rendido por Carlos E. Sosa Global Project Strategy (anexo D-399 D-830) y al informe pericial del 13 de mayo de 2015 de ARUP, anotando que «[E]n opinión del Tribunal Arbitral, las observaciones de ARUP, perito del Consorcio, en su Informe Pericial Respuesta a la Demanda Reconvencional en relación con este reclamo de Cerrejón, han sido correctamente atendidas en el Informe de Global adjunto a la Réplica de Cerrejón a la Respuesta del Perito del Consorcio sobre la Demanda Reconvencional o en el Peritaje de Experto sobre los Costos Incurridos Capítulo Complementario, tanto en lo que se refiere a la fechas para la iniciación y corte de la contabilización de costos relativos al contrato con el Administrador, la metodología para la evaluación de dichos costos, los soportes y facturas correspondientes, como en lo atinente al soporte de facturas y contable

de costos y penalidades relativos al shiploader y al razonamiento y tal soporte referente a los costos de extensión de estructura, y por ello el Tribunal Arbitral se atiene a lo establecido al respecto en este último informe. Además, el Tribunal Arbitral concluye sobre la base de las pericias de Global en relación con este último reclamo que se han satisfecho los requisitos atinentes a la causalidad directa en cuanto al daño causado, así como en relación con su cuantificación».

Continúa el tribunal de arbitraje analizando la valoración de las distintas reclamaciones económicas que hicieran las demandantes y la reconviniente, acogiendo algunas y negando otras para finalmente, poner de presente las discrepancias que se presentaron en las experticias rendidas por ARUP y GLOBAL y las motivaciones por las cuales las de ésta última merecieron su acogida, al punto que señala, que *«[E]n las páginas siguientes de su informe pericial en respuesta al informe de ARUP, adjuntado a la contestación del Consorcio a la demanda reconvencional de Cerrejón, Global se ocupa de cada una de las observaciones de ARUP en relación con cada contrato con terceros para el completamiento de la Obra así como de distintas observaciones de ARUP relativas a la contabilización de los costos incurridos por Cerrejón en el completamiento de la Obra y a la metodología observada por Global en la evaluación de dichos costos. El Tribunal Arbitral considera que Global ha respondido a ellas o las ha refutado de manera persuasiva y fundada y apoyándose en documentos ya incorporados a estas actuaciones o acompañados por el perito para atender de manera específica cuestionamientos u observaciones de ARUP. Además, a lo largo de los informes de Global relativos a costos incurridos por Cerrejón, el perito se ocupa de excluir de su computación de dichos costos alcances de trabajos realizados por terceros contratistas que excedan el alcance de los trabajos de la Obra definida en el Contrato, así como los ítems detallados en el parágrafo 831 precedente. En sus cálculos, Global reconoce que le corresponde al Consorcio la suma de Pesos Colombianos*

770.368.897 por costos directos pendientes de pago en relación con los trabajos realizados antes del abandono de la Obra por el Consorcio».

Todo lo anterior, permitió a los árbitros inferir, que el Cerrejón tiene derecho a que el Consorcio le pague la suma total de \$102.158.165.822,70 *«que es cálculo actualizado de sumas ya objeto de pericias que obran en estas actuaciones»*, las cuales considera *«ha sido realizado de conformidad con las constancias en estas actuaciones»*.

6.2.4. Consecuente con lo reseñado, emerge que la definición que de la controversia hiciera el tribunal arbitral se hizo a partir de una valoración del material arrimado al pleito y amparado en la ley sustancial y jurisprudencias colombianas relacionadas con las obligaciones contractuales y su incumplimiento.

Para soportar esta determinación, como se apuntó en precedencia, los árbitros analizaron las circunstancias que en sentir de los reclamantes pudieron influir en los términos de ejecución del contrato, su vigencia, ampliación de plazos y la terminación, sin que, por demás, el hecho de que no se advierta la presencia de un puntual argumento que al querer de las partes debió hacerse en el proveído objeto de reproche, torne la decisión como falta de motivación, ni resulte suficiente para enervar la fuerza demostrativa de los distintos medios en que aquella descansó, sin que pueda la Corte, como se ha expuesto, adentrarse en la validez o acierto de las inferencias que del juicio valorativo obtuvo el tribunal.

Coligase de lo indicado que dentro del trámite arbitral no se impidió a ninguna de las partes hacer la presentación adecuada de su caso, ni ejercer la defensa cabal de sus intereses, por lo que resulta vedada la intervención de la Corte, máxime cuando el soporte de la acusación se enfila no a la existencia de falencias de esta estirpe sino a vicios de juzgamiento.

6.3. El segundo pedimento anulatorio descansa en que el laudo **«contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje»**, porque lo convenido fue que la ley aplicable era la colombiana y la resolución sería en derecho, soportado en que no se aplicaron los artículos 1494, 1495, 1500, 1502 del Código Civil y 824 del Código de Comercio sobre *«libertad de forma para la expresión del contrato y sus modificaciones»*, cuestionando las apreciaciones que respecto del alcance de las estipulaciones contractuales hiciera el tribunal arbitral, particularmente lo referente a las modificaciones del mismo.

Apunta el recurrente que *«[D]e la simple confrontación del laudo con la ley sustancial elegida por las Partes, impónese concluir que, el Laudo impugnado, no la aplicó, menos sustentó en derecho su decisión, pues ningún análisis contiene sobre la disciplina jurídica de las obligaciones condicionales que derivan de las determinaciones adoptadas por el Administrador del Contrato en nombre y representación de Cerrejón, calidad que no puede reconocerse para unos efectos y desconocerse para otros, lo que se pone de presente, no para controvertir el fondo, sino para acentuar la extrema subjetividad del Laudo, de lo cual, sin ningún fundamento jurídico en la ley aplicable a propósito, decidió otros asuntos relevantes como la terminación del Contrato, el*

abuso de derecho, el límite de responsabilidad acordado, y consecuencias indemnizatorias».

En general el opugnante se adentra a cuestionar los distintos aspectos objeto de definición por el tribunal, disintiendo de los argumentos que allí se expusieron, los cuales estima desacertados y contrarios a las normas que los disciplinan.

6.3.1. Es inocultable que los supuestos de hecho en que se soporta la causal no se enmarcan dentro de los que la disposición referida contempla, en la medida que no se formula reparo alguno en relación con la delimitación que hicieran las partes de la competencia del tribunal arbitral, contenida en la cláusula 18 del mentado acuerdo de voluntades, en la cual para la resolución de conflictos derivados de dicho convenio estipularon lo siguiente:

*«18.2. **Resolución de Conflictos:** Cualquier conflicto, controversia o reclamo, que surja o se relacionen con este Contrato o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo ("conflicto") será resuelto como sigue:*

«Las partes acuerdan que las controversias o discrepancias que se susciten entre ellas con ocasión a la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato serán dirimidas inicialmente entre ellas a través de negociación directa y aquellas frente a las cuales no logre darse solución por este medio en el plazo de dos semanas, se someterán a instancia de cualquiera de las partes a juicio arbitral.

(i) el arbitraje se realizará en derecho de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCV) El Tribunal Arbitral estará constituido por un panel de tres (3) árbitros. Cada parte nombrará un árbitro siendo el tercero designado por la ICC:

(ii) las audiencias serán en Bogotá, Colombia y el idioma a ser utilizado en el Arbitraje será español; y

(iii) Cualquier decisión o laudo del Tribunal Arbitral será definitivo y vinculante para las partes del proceso arbitral. Las partes renuncian a acudir a otro tribunal u otra jurisdicción por los hechos en disputa decidido por el tribunal arbitral que tendrá calidad de cosa juzgada...

En ejercicio del mentado pacto arbitral, el Consorcio recurrente convocó al Cerrejón ante el tribunal arbitral para que se dirimieran las controversias suscitadas con ocasión del mentado contrato, reclamando su terminación, el incumplimiento y el pago de los perjuicios que pudieron originarse, siendo refutadas por la interpelada, quien se opuso a tales pedimentos y, adicionalmente, formuló demanda de mutua petición, con pedimentos análogos pero por razones distintas, frente a lo cual el Tribunal Arbitral emitió el pronunciamiento correspondiente ajustado a esos puntuales temas, por lo que no se advierte que se hubieran adoptado «decisiones que excedan del acuerdo de arbitraje».

Esto es así, pues basta con la simple lectura del pacto y la decisión arbitrales para colegir, que el proceder de los árbitros se ajustó a los precisos márgenes que en el primero se definieron, más allá de la inconformidad que pudiera existir frente a la forma como finalmente se dirimió el litigio.

Es más, en la impugnación que ocupa la atención de la Corte, el recurrente no cuestiona, en modo alguno, que el tribunal arbitral hubiera excedido la competencia que con ocasión de la mentada cláusula le fue conferida para

solucionar el litigio puesto a su consideración, ciñendo sus reparos a la presunta no aplicación de la ley acordada y que la decisión fuera «*subjetiva*», haciendo referencia a la normativa que estima inaplicada y la interpretación que considera es la acertada para definir el sentido de la decisión, lo que no es de recibo, amen que corresponden a circunstancias que no se subsumen en la causal esgrimida.

Del contenido de la cláusula contractual contentiva del pacto arbitral emergen diamantinos los asuntos que referidos a dicho acuerdo negocial quedarían sustraídos de la jurisdicción ordinaria señalándose allí que serían «*Cualquier conflicto, controversia o reclamo, que surja o se relacionen con este Contrato o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo*».

Siendo así que el Consorcio, al considerar incumplido el contrato ajustado con el Cerrejón, demandó la declaración de terminación del mismo aduciendo el incumplimiento de las obligaciones a cargo de éste con las consecuentes condenas y éste último a su vez enfiló su réplica en idéntica dirección imputando el incumplimiento a la convocante, pidiendo declarar la nulidad de una estipulación en el contenida que limitaba el alcance de la responsabilidad y deprecando las condenas que estimó derivaban de dicho incumplimiento, aspectos que se subsumen en lo fijado en el pacto arbitral.

Por su parte el Tribunal arbitral en el laudo que dirimió la controversia decidió:

- (i) *Rechazar en su totalidad las demandas, pretensiones o reclamos del Consorcio.*
- (ii) *Hacer lugar en su totalidad las demandas, pretensiones y reclamos reconvenzionales de Cerrejón.*
- (iii) *Condenar al Consorcio a hacer íntegro pago a Cerrejón de la suma de Pesos Colombianos 102.158.165.822,70.*
- (iv) *Disponer que el importe de la condena ordenada en (iii) precedente, es decir la suma de Pesos Colombianos 102.158.165.822,70 devengue intereses remuneratorios a partir del 31 de enero de 2017, a la tasa máxima de intereses remuneratorios certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para la modalidad de crédito de consumo y ordinario hasta que el Consorcio haga íntegro pago a la Demandada de dicho importe nominal.*
- (v) *Condenar al Consorcio a: (a) pagar los costos del arbitraje en los términos del Artículo 37 del Reglamento, fijados por la Corte en la suma de US\$ 1,200,000 y hacerse cargo de sus honorarios y costos de representación legal y defensa en este arbitraje; y (b) a hacer íntegro pago a la Demandada de: (i) la parte de los costos del arbitraje pagados por la Demandada, que ascienden a US\$ 600,000.; y (ii) los honorarios y costos de representación legal de la Demandada, que ascienden a Pesos Colombianos 2.181.948.883.*

Queda claro así, que no se adoptó decisión alguna que no estuviera cobijada en el pacto arbitral, o hubieran excedido los límites de este, que generaran la invalidez total o parcial de la decisión arbitral objeto de impugnación.

6.3.2. Por otra parte, atendiendo que la controversia puesta a conocimiento del tribunal arbitral tenía origen en un contrato que se decía incumplido, pretendiéndose se declarara tal incumplimiento y, consecuentemente, se impusieran las condenas que del mismo derivaban, los árbitros acudieron, conforme se estipuló en el pacto arbitral, a las disposiciones que en relación con la materia consagran

los Códigos Civil y de Comercio colombianos y el mismo acuerdo negocial objeto de controversia, ante el imperativo previsto en el artículo 1602 según el cual éste es ley para las partes, más allá que su aplicación o interpretación hubiera sido acertada o no, sin que en modo alguno pueda examinarse por esta vía tal hecho.

No puede aducirse inaplicación de la mentada normativa por el solo hecho de que en el laudo no se hiciera mención a alguna puntual disposición del ordenamiento patrio relacionada con la temática contractual, que a juicio del recurrente debió aplicarse, o por la interpretación que de las aplicadas hicieran los árbitros con resultado adverso a éste, puesto que de existir la omisión en la aplicación de alguna norma de naturaleza sustancial esto se enmarcaría en una falencia *in judicando* ajena al recurso de anulación, sin mencionar que el planteamiento en relación con el alcance de dicha normativa y la aplicación del juez arbitral no constituye más que una discrepancia conceptual igualmente ajena a la esencia de la causal de anulación invocada.

En este sentido, soportada la decisión en las pruebas que se adujeron al juicio y, sobre todo, en las normas sustanciales relacionadas con controversias contractuales que contempla el ordenamiento colombiano, no es dable calificar dicha decisión como subjetiva, que lo lleve al extremo de ser en equidad, cuando expresamente las partes acordaron que fuera en derecho, o que no se hubieran aplicado las normas acordadas.

6.3.3. Apareja lo anterior que la segunda causal alegada resulta infundada.

6.4. Se aduce igualmente como causal de anulación que **«el procedimiento arbitral no se ajustó[ó] al acuerdo entre las partes»**, por cuanto *«no excluyó el testimonio escrito acompañado por Cerrejón del Sr. Jaysen Chilcott»* quien, aun cuando fue citado a la audiencia, no compareció ni presentó excusa o justificación alguna, lo que impidió al consorcio contrainterrogarlo, pese a lo cual el tribunal para desestimar las modificaciones al contrato se apoyó en comunicaciones remitidas por éste, cuando de acuerdo con el procedimiento acordado debía excluirse su declaración.

Alude además, a la extrema subjetividad del laudo, haciendo referencia a la valoración que se hiciera de ciertas comunicaciones que se cruzaron las partes, algunas signadas por el mencionado Chilcott, para sostener que el tribunal prescinde *«del valor probatorio de la comunicación del 1 de enero de 2013 del Consorcio. Esta extrema subjetividad, muestra que el Tribunal terminó por otorgarle un valor probatorio al dicho del testimonio escrito del Sr. Chilcott, el cual debió haber sido excluido»*.

6.4.1. Conforme quedó visto, en el arbitraje las partes no quedan sometidas en materia de procedimiento a las normas adjetivas del país sede, en la medida que estos pueden convenir desde el pacto arbitral *motuo proprio* las reglas que han de aplicarse al caso particular, o bien por remisión a algún reglamento especializado -con la única limitante de que no se desconozcan algunos aspectos

mínimos definidos en la misma ley- de tal manera que se haga efectivo el derecho al debido proceso, cuyo desconocimiento por parte de los árbitros habilita la anulación del laudo arbitral.

6.4.2. En el presente caso las partes estipularon en el pacto arbitral que en materia de procedimiento se aplicarían las reglas de «[L]a Cámara de Comercio Internacional», que es una de las instituciones de mayor reconocimiento mundial en lo que hace al arbitraje internacional, la cual ha establecido un reglamento interno, vigente desde el año 2012.

Tal reglamento está concebido de tal manera que se procura hacer efectiva la prerrogativa al debido proceso, la cual no resulta afectada con cualquier irregularidad que pudiera presentarse en el curso de la actuación.

Esto tiene su razón de ser por la informalidad que, en línea de principio, regenta las actuaciones arbitrales por su propio carácter consensual que permite ajustar este a los particulares intereses de las partes, de suerte que cuando se alude al desconocimiento del procedimiento acordado, no se hace referencia a una específica actuación, en la medida que ello puede ser reclamado por vía reparos que formulen los intervinientes en el desarrollo del mismo, para que se adopten las medidas necesarias que garanticen la efectividad del derecho de contradicción y defensa de los intervinientes, sino que se precisa la desatención por el tribunal de la totalidad de las reglas fijadas de manera mancomunada por

las partes y que esa desatención genere el desconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva, cuya ocurrencia resulta determinante en la definición del litigio.

6.4.3. El reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al cual acordaron someterse las partes, en su artículo 19 dispone, que *«el procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje»*.

De igual forma habilita a los árbitros para que previa consulta con las partes adopte *«las medidas procesales que considere apropiadas siempre que estas no vulneren ningún acuerdo de las partes»* (art. 22) y dispone que en el acta de misión se incluyan las *«precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento...»* (art. 23).

Es así como, en acogimiento de las mentadas reglas, en la orden procesal número uno (1) se señaló, que el tribunal *«podrá utilizar como guía para sus determinaciones en materia de pruebas las Reglas de la International Bar Association sobre la práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional aprobadas por su Concejo el 29 de mayo de 2012»*.

Estas últimas reglas contemplan en su artículo 4° el manejo de la prueba testimonial, señalando en su numeral 7° que: *«[S]i un testigo cuya comparecencia ha sido solicitada de conformidad con el Artículo 8.1. no compareciese a declarar en la Audiencia Probatoria sin justificación suficiente, el Tribunal Arbitral no*

tomará en cuenta ninguna Declaración Testimonial de este testigo relacionada con la Audiencia Probatoria, salvo que en circunstancias excepcionales el Tribunal Arbitral decida lo contrario».

Tal directriz es replicada en la orden procesal número uno (1), la cual, a más de contener el cronograma que, en principio, debería regir la ejecución de las distintas actuaciones de las partes, establece que *«[L]a declaración escrita del testigo o del perito convocado a la audiencia y que no compareciese sin justa causa (la que será libremente apreciada por el Tribunal Arbitral a su entera discreción) será excluida de la prueba»* (Anexo 10).

Empero, aunado a que el recurso no contiene ninguna manifestación sobre la apreciación que hiciera el Tribunal Arbitral de la inasistencia del testigo Jaysen Chilcott a la audiencia, la sola circunstancia de que, eventualmente, la declaración que previamente éste realizó por escrito hubiera sido valorada no puede conllevar a la invalidez absoluta del laudo, pues con ello no se configuraría el supuesto previsto en el artículo 108 de la ley 1563 de 2012, por no suponer esto una subversión al trámite, ni un dislate que suponga una afrenta total al procedimiento convenido, máxime cuando la decisión, como ya se dijo, se soportó en múltiples pruebas, sin que se haga una mención expresa a la el recurrente aduce mal valorada.

Pero adicionalmente, del contenido de laudo se advierte que no es precisamente aquel testimonio, que presentara la convocada, el que cuestiona el recurrente, sino las comunicaciones que el testigo emitiera, en más de una

ocasión en desarrollo de la ejecución del contrato objeto de litigio, y que, ciertamente, sí se tomaron en consideración por el tribunal, confundiendo así la esencia de tales medios probatorios, lo que resulta inadmisibile, en la medida que no pueden jurídicamente asimilarse para los efectos procesales la prueba testimonial y la documental, aun cuando ambas emanen de un mismo individuo.

Lo anterior, porque los documentos por sí solos constituyen elementos demostrativos, a los cuales el legislador les ha reconocido plena eficacia probatoria, siempre que se alleguen en la forma y condiciones que la ley dispone, más allá de que su autor comparezca o no al pleito, y sin perjuicio de las objeciones o tachas que contra el documento en sí mismo considerado puedan presentarse.

No puede pasarse por alto que las reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional tienen previsto un acápite autónomo para las pruebas documentales (artículo 3°), que refiere a la forma y oportunidad de su incorporación al proceso y además contiene pautas de valoración probatoria tanto de la documental como de las restantes, es así que en su artículo 9° confiere al tribunal arbitral la facultad de determinar «*la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas*», como también de «*excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección*».

Además, obsérvese que el recurrente alude a la subjetividad del laudo porque *«en la comunicación del 3 de diciembre de 2012, el Sr. Jaysen Chilcott, consigna: (i) que a pesar de no haberse alcanzado los Hitos en las fechas iniciales, se habrían definido dos fechas "claves" para realizar actividades de esos hitos, 1 de marzo y 1 de junio de 2013; (ii) que enviaría la lista de todas las actividades clave con las fechas correspondientes como un Apéndice A con las fechas específicas que deben cumplirse y (iii) que se desarrollará un programa detallado que incluirá todos los elementos, tales como, por ejemplo, equipo específico, mano de obra, materiales, y se actualizará y revisará al menos una vez por semana, de modo que las medidas correctivas requeridas se puedan llevar a cabo lo más rápido posible sin perder más tiempo. Al respecto, es importante destacar que esta comunicación fue contestada por el Consorcio el 11 de enero de 2013, rechazando los supuestos incumplimientos y las causas ajenas a su órbita que alteraron la ejecución del Contrato, tales como las vicisitudes asociadas a los Jack-Ups, la huelga de Sintracarbón, la suspensión del contrato, etc.¹⁸⁵ Sin embargo, sin justificación ni expresión de razón alguna que aparezca en el Laudo, el Tribunal se apartó incluso de la comunicación del 3 de diciembre de 2012 en la que el Administrador del Contrato claramente expresa que las fechas iniciales para realizar las actividades de los Hitos que a su juicio no se habían alcanzado por supuestos incumplimientos del Consorcio, quedarían reemplazadas por otras nuevas que señala unilateralmente y, en todo caso, se precisarían en un Apéndice A, que remitiría posteriormente y nunca remitió (nuevas fechas que el Consorcio no aceptó, pero definiría de común acuerdo luego de recibir el Apéndice A), prescindiendo del valor probatorio de la comunicación de 11 de enero de 2013 del Consorcio».*

De donde se extrae que la pretensión anulatoria, en estricto, no está soportada en una trasgresión al procedimiento acordado por las partes, sino en la valoración

que hace el tribunal de las documentales mencionadas, pretendiendo imponer su propio criterio.

Quiere decir ello que, como se dijo al inicio de esta decisión, se pretende hacer uso del recurso de anulación para un fin no previsto, como es adentrarse en la hermenéutica de la decisión y su corrección, cual si se tratara de un recurso de alzada.

6.5. El último motivo de anulación invocado fue que el laudo es contrario al orden público internacional, soportado en que las violaciones al debido proceso constituyen igualmente violaciones al orden público internacional de Colombia, porque *«la existencia de vías de hecho por defectos fácticos o sustantivos en el laudo arbitral dictado en el marco del arbitraje internacional, haría que este fuera contrario al orden público internacional de Colombia»*, remitiéndose a los argumentos que soportaron las restantes reclamaciones.

6.5.1. Bien temprano se avizora que la causal alegada no tiene vocación de prosperidad, siendo suficiente para desestimarla, de un lado, las razones expuestas para desestimar las reclamaciones que soportaban las causales antes estudiadas a las cuales remite el recurrente; y de otro, al considerar que el asunto sometido a consideración del tribunal fue una controversia entre particulares derivada del incumplimiento de un contrato al cual se aplicaron las normas que regulan la materia, sin que el hecho de ser adverso a alguna de las partes atente contra el orden público.

En efecto, el laudo emitido no trasgrede las normas de orden público internacional, por cuanto los motivos que sirvieron de base para el pedimento de incumplimiento contractual se encuentran reconocidos en el ordenamiento interno de la nación y la relación comercial objeto de litigio regula los derechos y obligaciones de las empresas en contienda, quedando involucrados así únicamente intereses privados, sin que la decisión adoptada para dirimir el pleito choque con los principios básicos de las instituciones fundamentales del país.

En adición, no puede sostenerse la existencia de vulneración al debido proceso, amen que la determinación del tribunal no puede calificarse como resultado de la arbitrariedad o capricho de los árbitros, o proferida con absoluto desconocimiento del trámite procesal, que habilite la intromisión de la Corte para la salvaguarda de la mentada garantía *ius fundamental*, por el contrario, del contenido del laudo se puede extraer que los reparos planteados realmente son manifestación de disconformidad con los argumentos en que se basa la decisión arbitral.

Ciertamente, no existen elementos de los cuales pueda inferirse que dando a las pruebas referidas en el escrito de impugnación el mérito que pretende el recurrente las restantes resulten insuficientes para mantener la decisión incólume, máxime cuando la interpretación que diera el tribunal respecto de las reglas para la modificación de las estipulaciones contractuales o la interpretación de los mismos para colegir el incumplimiento y naturaleza y monto

de los perjuicios causados no resulta antojadiza o caprichosa.

De igual forma el cuestionamiento que se hace a la valoración que pudo dar el tribunal a una declaración escrita rendida por quien no compareció a la audiencia sin que mediara justa causa tampoco tiene relevancia constitucional, pues no se probó la incidencia material en la decisión o la afectación por este motivo pudo tener el derecho a una tutela judicial efectiva, que de no haberse producido podría haber cambiado el signo de la decisión definitiva del arbitraje.

7. Corolario de lo indicado, es que no se advierte la configuración de ninguna de las causales de anulación invocadas por el recurrente, ni de alguna que deba ser declarada de oficio por esta Corte, por lo es de rigor que se deba declarar infundado el recurso de anulación impetrado.

8. Consecuente con lo anterior, ante el fracaso de la impugnación extraordinaria acorde con lo establecido en el artículo 109 de la ley 1563 de 2012, es de rigor que se condene en costas al recurrente.

III. DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación del laudo internacional formulado por las sociedades SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y FERROVIAL AGROMAN S.A. en su condición de integrantes del CONSORCIO FERROVIAL – SAINC, frente al laudo arbitral de fecha 19 de julio de 2017, corregido mediante *Addendum* complementario de 8 de noviembre del mismo año, proferido dentro del proceso arbitral promovido ante la Cámara de Comercio Internacional (ICC), por las recurrentes contra Carbones del Cerrejón Limited.

SEGUNDO. CONDENAR a las sociedades impugnantes al pago de las costas procesales, inclúyase en la liquidación la suma de tres millones de pesos (\$6.000.000), por concepto de agencias en derecho. La Secretaría de la Sala practicará la respectiva liquidación.

TERCERO. ARCHIVAR oportunamente el expediente de la actuación que adelantó la Corte.

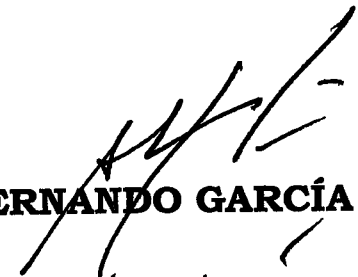
CUARTO. COMUNICAR la presente decisión a las partes y a la Cámara de Comercio Internacional, para lo de su cargo.

Notifíquese,


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Presidente de Sala



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

