

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / OPORTUNIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / VACANCIA JUDICIAL - Si se vence el término de presentación en vigencia de la vacancia judicial, se extiende al primer día hábil siguiente / TÉRMINOS PROCESALES / PRESENTACIÓN OPORTUNA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

El recurso de anulación reúne los requisitos de oportunidad y de forma consagrados en el artículo 109 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que fue presentado y sustentado (...) con indicación de las causales invocadas y dentro del plazo establecido por el numeral 1 de la citada disposición. (...) [L]as partes contaban, en principio, hasta el 4 de enero de 2018 para interponer el referido medio de impugnación; no obstante, dado que el plazo venció dentro del período de vacancia judicial, aquel se amplió hasta el día hábil siguiente, esto es, el 11 de enero de 2018, por lo que su presentación fue oportuna, de acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 118 de la Ley 1564 de 2012 “CGP”(...).

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 -ARTÍCULO 109 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO - ARTÍCULO 118 / LEY 131 DE 1971 - ARTÍCULO 1

ESTATUTO ARBITRAL / RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Sobre normatividad aplicable en controversias dirimidas en sede arbitral antes de la entrada en vigor del Estatuto Arbitral / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / JUSTICIA ARBITRAL

La Ley 1563 del 12 julio de 2012 es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la Expedición del referido estatuto (...) la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su jurisprudencia, (...) señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998 y de la Ley 315 de 1996, continuarían rigiéndose por estas últimas normativas y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 119 / DECRETO 1818 DE 1998 / LEY 315 DE 1996

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar auto de Sala Plena del 6 de junio de 2013, Exp. 45922, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / JUSTICIA ARBITRAL / JURISDICCIÓN / COMPETENCIA / LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL COMERCIAL INTERNACIONAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESA DE ECONOMÍA MIXTA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / GECELCA 3 SAS ESP / COMPETENCIA DE LA SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

[L]a jurisdicción y la competencia para decidir el recurso de anulación interpuesto por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., en contra del laudo arbitral comercial internacional,

proferido el 4 de diciembre de 2017, corresponde a esta Sección en su Sala Plena, por cuanto las sociedades convocadas son empresas de servicios públicos de naturaleza mixta, en los términos establecidos en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994, dado que su capital social es mayoritariamente estatal.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 -ARTÍCULO 14 NUMERAL 6 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 68 / C.P.A.C.A. - ARTÍCULO 149 NUMERAL 7

NOTA DE RELATORÍA: La Corte Constitucional, mediante sentencia C737 de 2007, declaró exequible el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, en lo alusivo al porcentaje de participación de capital establecido.

ESTATUTO ARBITRAL / RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / JUSTICIA ARBITRAL / ARBITRAMENTO NACIONAL / ARBITRAMENTO INTERNACIONAL - Estatuto Arbitral Colombiano contiene normatividad integral en materia de arbitraje / ARBITRAJE NACIONAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL

Esta normativa [Estatuto Arbitral Colombiano] reguló no solo el arbitramento nacional, también el internacional, en aras de establecer unas disposiciones que permitieran contar con un ordenamiento moderno e integral en materia de arbitraje, máxime si las pocas normas que regulaban el arbitramento internacional estaban dispersas y, en la práctica, eran obsoletas.

ESTATUTO ARBITRAL / RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / JUSTICIA ARBITRAL / ARBITRAMENTO INTERNACIONAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL - Comprende arbitraje comercial y de inversión / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL / ARBITRAJE DE INVERSIÓN INTERNACIONAL / CONCEPTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL - UNCITRAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL - Establecimientos en estados diferentes / ARBITRAJE INTERNACIONAL - Ejecución, objeto desarrollo contractual fuera del estado donde tienen domicilio o establecimiento / LEY MODELO - Define relaciones comerciales internacionales

El arbitraje internacional es un género que comprende dos especies, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión internacional. Según la nota explicativa de la ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), el arbitraje será internacional si las partes del acuerdo arbitral tienen, al momento de la celebración del mismo, sus establecimientos en Estados diferentes. Además, es internacional el arbitraje si el lugar de desarrollo del procedimiento, el lugar de cumplimiento del contrato o el sitio del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios o establecimientos.

ARBITRAJE DE INVERSIÓN INTERNACIONAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN / TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN - TBI / TRATADO DE LIBRE COMERCIO / TLC CLI / INVERSIONISTAS EXTRANJEROS - El Estado garantiza la promoción de inyección de capitales / MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS - Entre inversionistas extranjeros y el Estado que recibe la inversión / JUSTICIA ARBITRAL / ACUERDO DIRECTO / OFERTA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN / TRATADO INTERNACIONAL

[E]l arbitraje internacional de inversión es el que se desprende de tratados bilaterales de inversión (TBI) o de tratados de libre comercio con capítulos de libre inversión (TLC-CLI), en los que el Estado otorga o concede a los inversionistas extranjeros ciertas garantías para promover la inyección de capitales. Uno de esos beneficios es la posibilidad de establecer el arbitraje internacional como el mecanismo de solución de controversias surgidas entre los inversionistas

extranjeros y el Estado que recibe la inversión. El arbitraje de inversión se materializa a través de distintos medios: i) un acuerdo directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero; ii) una oferta de arbitraje formulada o iii) un tratado internacional.

PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO / ESTATUTO ARBITRAL / RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / JUSTICIA ARBITRAL / ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL - Comprende arbitraje comercial y de inversión / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL / LEY MODELO - Aprobada por la CNUDMI (UNCITRAL) y acogida por el Estatuto Arbitral Colombiano / INSTRUMENTOS INTERNACIONALES - Eficacia extraterritorial de las decisiones arbitrales / CONVENCIÓN DE NUEVA YORK / CONVENCIÓN DE PANAMÁ / CONVENCIÓN DE MONTEVIDEO - Ratificados por Colombia / PROCEDENCIA DE LA JUSTICIA ARBITRAL

En el caso concreto, los árbitros concluyeron que el arbitramento pactado por las partes era comercial internacional (...) El 21 de junio de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. La Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012, sobre arbitraje internacional, acogió los lineamientos formulados por la CNUDMI. En ambos cuerpos normativos se indica que la anulación es el único recurso judicial que existe en contra de un laudo arbitral internacional, y que solo procede por estrictas y específicas causales, unas a petición de parte -siempre que se pruebe su configuración-, mientras que otras pueden ser declaradas de oficio por el mismo tribunal o por la autoridad judicial encargada de resolver el recurso.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 34 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 138

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, puede consultarse la sentencia del 13 de abril de 2015, Exp.. 52556, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

LEY MODELO / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - A petición de parte y oficiosamente / CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - Incapacidad de las partes. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - Invalidez en virtud de la ley sometida o a la ley del Estado. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - Falta de notificación de las partes sobre la designación del árbitro. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - No ejercicio de los derechos por alguna de las partes. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - Resolución de conflicto no sometido a justicia arbitral o excede el objeto. CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes / TAXATIVIDAD / NUMERUS CLAUSUS

La ley modelo establece que la nulidad del laudo arbitral solo procederá (1) a petición de parte, siempre que se pruebe que: (i) una de las partes del acuerdo de arbitraje estaba afectada por una incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de ese Estado; (ii) la parte no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no pudo, por cualquier razón, hacer valer sus derechos; (iii) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo; (iv) 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 alguna disposición de la ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la ley (...).

LEY MODELO / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - A petición de parte y oficiosamente / CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL DE OFICIO - El objeto no era susceptible de arbitraje / CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL DE OFICIO - El laudo es contrario al orden público internacional del Estado / ORDEN PÚBLICO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ

La ley modelo establece que la nulidad del laudo arbitral solo procederá (...) (2) de oficio, cuando el tribunal o la autoridad judicial comprueben: (i) que según la ley del Estado en el que se adelanta el procedimiento arbitral, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje o (ii) que el laudo es contrario al orden público internacional de ese Estado.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO PARCIAL - Proferido durante el procedimiento, puede ser cuestionado conforme las causales / PROCEDENCIA DE ANULACIÓN DEL LAUDO PARCIAL

La Sala precisa que no solo es susceptible de ser recurrido en anulación el laudo final, también los laudos parciales que sean proferidos a lo largo del procedimiento, siempre y cuando en estos se definan aspectos que puedan ser cuestionados a partir de las causales establecidas en el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - Clases de laudo / CLASES DE LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL / LAUDO DE COMPETENCIA / LAUDO INCIDENTAL / LAUDO PARCIAL / LAUDO FINAL / LAUDO DE REBELDÍA / LAUDO CONSENTIDO / ESTATUTO ARBITRAL COLOMBIANO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - Las partes definen el procedimiento y el tipo de laudo que puede proferirse

En materia arbitral comercial internacional, la doctrina y la ley han admitido la existencia de distintos tipos de laudo. En efecto, algunos ordenamientos reconocen la siguiente clasificación: i) laudo de competencia; ii) laudo incidental; iii) laudo parcial -que resuelve de manera preliminar alguna controversia entre las partes-; iv) laudo final; v) laudo de rebeldía y vi) laudo consentido. El Estatuto Arbitral colombiano permite que sean las partes las que definan las reglas de procedimiento y, por lo tanto, los tipos de laudos que se pueden proferir a lo largo del trámite arbitral.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - Las partes pactaron reglas de procedimiento / REGLAMENTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ / EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA / EXCEPCIÓN DE EXCESO DEL MANDATO / LAUDO INTERLOCUTORIO / LAUDO FINAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - El hecho de que las partes no hayan impugnado

judicialmente el laudo parcial no constituye óbice para recurrir la anulación del laudo final

[L]as partes convinieron que, en lo no acordado Expresamente por ellas, las reglas de procedimiento serían las del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El mencionado reglamento establece en el artículo 3.16 que el tribunal arbitral podrá resolver las excepciones de incompetencia y de exceso del mandato mediante laudo interlocutorio o en el laudo final. (...) esa decisión, al igual que el laudo final era pasible del recurso extraordinario de anulación, por las causales establecidas en el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012. (...) [E]l hecho de que las partes no hayan impugnado judicialmente el laudo parcial no constituye óbice para el ejercicio del recurso de anulación en contra del laudo final (...).

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 / REGLAMENTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Lo restringe a errores in procedendo. Violación al debido proceso / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / ERROR IN PROCEDENDO / OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - No es dable pronunciarse sobre el fondo ni calificar valoración probatoria del tribunal

Al igual que ocurre con el recurso de anulación de laudos nacionales, la Ley 1563 de 2012 restringe el recurso de anulación a errores in procedendo o violaciones al debido proceso. En efecto, el artículo 107 preceptúa que 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.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / ERROR IN PROCEDENDO / OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Causal 1 letra a. Decisión de reemplazo / EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Causal 1 letras b, c y d. No afectación del pacto arbitral / EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Causal 2. Solo se declara la nulidad sin decisión de reemplazo

[E]l artículo 110 ibídem establece que si la invalidez de la decisión se genera por la causal del literal a) del numeral 1 del artículo 108 las partes podrán acudir ante la autoridad competente para resolver la controversia. A contrario sensu, si el laudo se anula en virtud de las causales b), c) y d) del mismo numeral, la decisión judicial no afectará el acuerdo de arbitraje o pacto arbitral. Finalmente, si prospera alguna de las causales del numeral 2 de la misma disposición, la autoridad judicial solo podrá declarar la nulidad del laudo, sin que pueda proferirse decisión de reemplazo.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 110

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL

LAUDO ARBITRAL / NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / EXCEPCIONAL / RESTRICTIVO / EXTRAORDINARIO - No es una instancia adicional / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / ERRES IN PROCEDENDO

El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. (...) tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores in procedendo, por lo cual a través de él no puede atacarse el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores in iudicando (...) dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CARÁCTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / NATURALEZA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / PODERES DEL JUEZ / PRINCIPIO DISPOSITIVO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No es dable al juez interpretar las causales no invocadas, salvo pronunciamiento oficioso

Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso. El objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra. (...) [N]o le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación, salvo que se trate de las dos causales de anulación establecidas en los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, en cuyo caso el análisis de la autoridad judicial es oficioso (...).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance y las facultades del juez de la anulación, ver sentencias del 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, de 25 de agosto de 2011, Exp. 38379, M.P. Hernán Andrade Rincón, de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, de 25 de agosto de 2011, Exp. 38379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / PROVIDENCIA EJECUTORIADA / EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LA SENTENCIA / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LA SENTENCIA / JUSTICIA ROGADA

El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; (...) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no

correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley -artículo 108 de la Ley 1563 de 2012-.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326 y sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 38379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - Por tener naturaleza internacional / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - Siempre que las partes tengan domicilios por fuera de Colombia

El recurso de anulación es el único recurso o medio de impugnación judicial que procede contra el laudo comercial internacional. El artículo 107 del Estatuto Arbitral, al igual que lo hace la ley modelo de 1985 de la CNUDMI, establece que contra el laudo solo procede la anulación. De allí que pueda afirmarse sin ambages que no procede el recurso extraordinario de revisión, a diferencia de lo que ocurre con laudos arbitrales nacionales. (...) El mismo artículo 107 permite excluir la procedencia del recurso de anulación o circunscribirlo a determinadas causales, siempre y cuando ninguna de las partes del acuerdo arbitral tenga su domicilio o residencia en Colombia.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 107

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - La interposición del recurso extraordinario de anulación no suspende la ejecución del laudo arbitral / SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL LAUDO ARBITRAL - Cuando lo pida expresamente la entidad condenada en el proceso arbitral

[L]a interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo arbitral internacional, con independencia de que en la controversia haya resultado condenada una entidad estatal, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje local o interno. (...) [E]s posible suspender los efectos del laudo en aquellos eventos en que así lo pida expresamente la entidad pública que resultó condenada en el procedimiento arbitral.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 109 / LEY 1563 DE 2012 - 64

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIOS APLICABLES AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / BUENA FE / UNIFORMIDAD / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El recurso de anulación contra laudo internacional debe regirse por los principios de buena fe y de uniformidad de su aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 64 del Estatuto Arbitral. Además, la misma disposición preceptúa que las cuestiones sobre arbitraje internacional que no estén expresamente reguladas en la ley, se resolverán de acuerdo con los principios generales del derecho que inspiran la materia.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias, pueden consultarse las sentencias de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871; de 26

de marzo de 2008, Exp.. 34071; de 13 de agosto de 2008, Exp.. 34594; C.P. Myriam Guerrero de Escobar; de 25 de agosto de 2011, Exp.. 38379; C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ARBITRO / PROCESO ARBITRAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL / NORMATIVIDAD APLICABLE / MINISTERIO PÚBLICO / FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO / INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO / ANDJE / INTERVENCIÓN DE LA ANDJE / COADYUVANTE / COADYUVANCIA / FACULTADES DEL COADYUVANTE / RECURRENTE ÚNICO

Dado que los árbitros resolvieron, mediante laudo parcial o interlocutorio, que el presente arbitraje era de naturaleza internacional, se abstuvieron de aplicar las normas procesales generales que establecen la obligación de notificar al Ministerio Público y a la ANDJE en los procesos en que sea parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas. (...) No obstante, el Ministerio Público sí estaba legitimado para interponer el recurso de anulación, en los términos establecidos en el numeral 4 del artículo 109 del Estatuto Arbitral; pero, ese órgano de control no atacó el laudo arbitral, motivo por el cual la Sala se circunscribirá a estudiar el recurso de anulación formulado por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. (...) De otra parte, a la la ANDJE se le reconoció la condición de coadyuvante de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., (...), con fundamento en lo establecido en el artículo 2 del Decreto ley 4085 de 2011 y el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012 "C.G.P.", que preceptúa que la agencia podrá actuar en cualquier estado de la actuación, en condición de coadyuvante de una entidad estatal, en cualquier proceso y jurisdicción, para defender los intereses litigiosos de la Nación.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 / ARTÍCULO 92 / DECRETO LEY 4085 DE 2011 - ARTÍCULO 2 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 610

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - No poder hacer valer sus derechos al haberse proferido el laudo dos días antes al vencimiento del plazo de competencia del Tribunal / LIMITACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO - Por el recurrente dentro del proceso arbitral / IRREGULARIDADES EN EL PROCESO ARBITRAL - No hacer valer los derechos / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Por ausencia de notificación del Ministerio Público / MINISTERIO PÚBLICO - Falta de notificación del Ministerio público / IMPROSPERIDAD DEL CARGO - Las partes y los árbitros guardaron silencio en relación con las posibles solicitudes de corrección, aclaración y/o de laudo adicional / CORRECCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / ACLARACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ADICIONAL - Las partes y árbitros guardaron silencio, por lo que podían dentro de los 30 días siguientes solicitar aclaración, corrección o adición

[E]l cargo de anulación [relacionado con que] -GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no pudo hacer valer sus derechos- se hace consistir en la ausencia de notificación y de vinculación al proceso del Ministerio Público y, de otro lado, el hecho de que se hubiere adoptado el laudo arbitral (...), es decir, faltando dos días para que venciera el plazo de seis meses durante el cual las partes habilitaron la competencia del tribunal. En criterio de la Sala, este motivo de impugnación no permite dar por establecida la causal de anulación alegada (...) Los árbitros, luego de efectuadas varias reuniones con las partes, adoptaron la orden de procedimiento n.1 en la cual definieron las reglas procesales aplicables a la controversia. (...) en la Orden de Procedimiento n. 1 se definió que la sede del trámite arbitral sería Bogotá D.C.; el tribunal arbitral dictaría su fallo en un término de seis meses, contados a partir del día siguiente a la presentación de los escritos de conclusión, y haría sus mejores esfuerzos para dictar el laudo dentro de los 90 días siguientes a la fecha de presentación de los alegatos. (...).Como se advierte, las

partes no convinieron expresamente -y tampoco lo definieron los árbitros en la pluricitada orden de procedimiento- el trámite posterior a la fecha en que se profiriera el laudo comercial internacional. (...) En efecto, si bien los árbitros tenían un plazo preclusivo de seis meses para proferir el laudo final, contados a partir de la fecha de entrega de los alegatos de conclusión, lo cierto es que el vencimiento de ese término no impedía -salvo pacto expreso, lo que no ocurrió en el caso concreto- que las partes formularan solicitudes de corrección, de interpretación, aclaración y/o de adición del laudo, en los términos establecidos, en primer lugar, por el artículo 3.35. del RAI y, subsidiariamente, por el artículo 106 del Estatuto Arbitral. (...) [L]as partes podían, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo, solicitar al tribunal arbitral la corrección, la aclaración, la adición o la interpretación del laudo, para lo cual los árbitros contaban con un término establecido en la norma para resolver las correspondientes peticiones, el cual podía ser, inclusive, prorrogado.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 106 / REGLAMENTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ - ARTÍCULO 3.35

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Cargo. El procedimiento no se ajustó al acuerdo entre las partes / DICTAMEN PERICIAL / CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1

Problema jurídico: ¿El párrafo 62 de la OP1 contenía una oportunidad probatoria excepcional y condicionada, consistente en que el dictamen aportado con el escrito de dúplica contuviera puntos, hechos o argumentos nuevos o, por el contrario, se trataba de un derecho que no estaba sometido a condición alguna, que se activaba simplemente con el hecho de que se aportara un dictamen con el correspondiente escrito de dúplica?

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Cargo. El procedimiento no se ajustó al acuerdo entre las partes / DICTAMEN PERICIAL / CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL - Fue excluido por las partes / ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 / VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL - La regla probatoria permitía excepcionalmente, que el cierre probatorio lo hiciera la parte demandante independientemente que las pruebas aportadas con el escrito de dúplica contuvieran o no puntos nuevos / INEXISTENCIA DE CONDICIÓN

En criterio de la Sala, el Tribunal Arbitral y el consorcio convocante interpretaron de manera errada la OP1, toda vez que el párrafo 62 no se hizo depender de condición y, concretamente, de la circunstancia de que el dictamen presentado con el escrito de dúplica contuviera puntos novedosos a la controversia. En esa perspectiva, la regla probatoria del párrafo 62 permitía, de forma excepcional, que el cierre probatorio lo hiciera la parte que fungía como demandante -principal o en reconvención-, con independencia de que las pruebas aportadas en los escritos de dúplica contuvieran o no puntos nuevos. [E]l panel arbitral hizo prevalecer de manera equivocada el acuerdo general sobre el trámite de memoriales escritos, respecto de una regla especial y particular que regulaba el procedimiento de contradicción de los dictámenes periciales. Y (...) en el caso concreto las partes y el tribunal acordaron un procedimiento que permitía que la parte demandante (principal o en reconvención) pudiera radicar un último dictamen denominado de “contradicción”, sin sujetar este derecho a ningún requisito o condición (...), por tanto, se desconoció una regla clara que le otorgaba un derecho específico e incondicional a una de las partes.

FUENTE FORMAL: ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 - PARÁGRAFO 62

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Cargo. El procedimiento no se ajustó al acuerdo entre las partes / DICTAMEN PERICIAL / CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL - Fue excluido por las partes / ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 / VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL / INEXISTENCIA DE CONDICIÓN / ANTINOMIA - En gracia de discusión que existiera antinomia, se desconocieron las reglas de la hermenéutica / HERMENÉUTICA / INAPLICACIÓN HERMENÉUTICA / PREVALENCIA DE LA NORMA GENERAL SOBRE LA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ANTERIOR SOBRE LA POSTERIOR / INOBSERVANCIA DE LA HERMENÉUTICA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - Inobservado por el Tribunal de Arbitramento / NULIDAD DEL LAUDO FINAL

En criterio de la Sala, no cabe duda alguna de que el Tribunal Arbitral no solo introdujo erróneamente como norma aplicable el párrafo 45, sino que, admitiendo, en gracia de discusión, que existiera una antinomia con el párrafo 62, desconoció las reglas hermenéuticas para la solución de antinomias, pues hizo prevalecer la norma general sobre la especial, así como la anterior sobre la posterior. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento contravino injustificadamente el contenido de los artículos 91 y 92 del Estatuto Arbitral, que establecen el derecho que tienen las partes a un trato equitativo y la posibilidad de fijar el procedimiento de tal manera que se garantice a cada parte la posibilidad de hacer valer sus derechos. (...) [L]os árbitros interpretaron de manera errada la voluntad de las partes, plasmada en la Orden de Procedimiento n. 1, por cuanto permitieron que el consorcio convocante tuviera dos oportunidades probatorias adicionales respecto de las sociedades convocadas. Una, otorgada conforme con lo pactado, pero negada a la otra parte y la segunda desconociendo el acuerdo, en cuanto se permitió que el consorcio allegara un documento pericial -con elementos probatorios nuevos- durante la etapa oral, es decir, cuando ya había concluido la etapa de memoriales escritos. En criterio de la Sala, esas actuaciones invalidan el laudo final (...).

FUENTE FORMAL: ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 - PARÁGRAFO 62 / ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 - PARÁGRAFO 45 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 91 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 92

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Cargo. El procedimiento no se ajustó al acuerdo entre las partes / DICTAMEN PERICIAL / CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL - Fue excluido por las partes / ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 / VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - Inobservado por el Tribunal de Arbitramento / NULIDAD DEL LAUDO FINAL

Para la configuración de la causal de anulación objeto de estudio solo es necesario acreditar que el tribunal contravino o desconoció el procedimiento acordado entre las partes. A la anterior conclusión se llega a partir de la regulación de las causales de anulación de los laudos proferidos en arbitraje internacional, establecidas en el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012. La Sala considera que el desconocimiento de la norma procesal pactada, que se concretó en negarle el derecho al recurrente de allegar un dictamen pericial y en permitirle al consorcio convocante un dictamen pericial en la etapa oral del procedimiento, es razón suficiente para decretar la nulidad del laudo solicitada en el recurso interpuesto por dicha parte, sin que resulte procedente indagar cuál fue la incidencia de esta irregularidad en la decisión adoptada en el laudo.

CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO / TAXATIVIDAD / NUMERUS CLAUSUS / LAUDO INTERNACIONAL / LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL /

ARBITRAJE INTERNACIONAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Son taxativas conforme acuerdo previo bilateral

Al igual que ocurre en el arbitraje nacional, las causales de anulación en el internacional son taxativas en el sentido de que un laudo no puede anularse por una causal no prevista en la ley, por lo que se está frente a una enumeración cerrada de motivos de anulación (*numerus clausus*). No obstante, se advierte una clara diferencia en relación con la determinación del contenido de las causales, pues mientras en el arbitraje nacional se enumeran con mayor precisión los defectos que pueden generar la anulación del laudo, en el internacional se señala simplemente que esta consecuencia opera cuando una parte demuestre que “por cualquiera otra razón, (no pudo) hacer valer sus derechos” o acredite que “el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes”. Esta diferencia se explica porque en el arbitraje internacional no se conocen las normas procesales que regirán cada proceso, pues tales reglas se acuerdan libremente por las partes. De modo que si no se conocen las reglas a las que estará sujeto el arbitramento, el legislador, al regular la anulación del laudo por irregularidades procesales, solo puede disponer, de manera general, que la misma procede por desconocimiento de tales reglas.

FACULTADES DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN INTERNACIONAL - Debe garantizar que el acuerdo celebrado por las partes se respete / DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - Es acordado por las partes previo al procedimiento arbitral

Las partes en el proceso arbitral deben sujetarse a lo acordado y el tribunal debe garantizar el cumplimiento de dicho acuerdo y, en el evento de que el mismo se desconozca, la parte afectada puede solicitar la anulación del laudo por este motivo. Al juez de la anulación en el arbitraje internacional le corresponde simplemente garantizarle a las partes que el acuerdo celebrado, al establecer el procedimiento arbitral, se respete en el desarrollo del mismo. El debido proceso en este caso es el establecido en el acuerdo celebrado por las partes, de manera previa al desarrollo del trámite arbitral y, particularmente, de manera previa al momento en el que las partes ejercen los derechos allí establecidos. Las partes tienen derecho a que dicho acuerdo se aplique plenamente y esto implica que ninguna de ellas puede adelantar actuaciones por fuera de los términos y condiciones previstos, y que tampoco pueda impedírseles el ejercicio de sus derechos en los términos acordados.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia del 11 de julio de 2018, Exp. 2017-03480 SC5677-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

FACULTADES DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN INTERNACIONAL - Debe garantizar que el acuerdo celebrado por las partes se respete / DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL - El Juez no puede exigir al recurrente acreditar las razones de justificación del incumplimiento de las normas acordadas por las partes, afectación o la vulneración del derecho de defensa

[E]xigir para la procedencia del recurso de anulación que la desatención de las reglas del procedimiento sea injustificada, o que afecte todo el trámite o que se ponga de manifiesto la vulneración del derecho de defensa implica establecer condiciones no previstas en la ley, las cuales afectan el derecho que la misma ley le otorga al recurrente. (...) La ley no dispone expresa ni específicamente que el

recurrente, además de demostrar que no se le permitió ejercer un derecho o, además de evidenciar que en el proceso se desconoció una regla pactada, deba acreditar que: (i) tal violación afectó todo el proceso o (ii) que se trató de una violación grave en el sentido de que de no haberse incurrido en ella la decisión adoptada en el laudo habría sido otra. Introducir condicionamientos que no están previstos en la ley al derecho del recurrente de pedir la nulidad del laudo, cuando no se ha respetado una regla acordada y, por ende, se ha violado su derecho a la observación del debido proceso, implica limitar ilegalmente su derecho. (...) [L]os árbitros tienen una obligación consistente en garantizar y velar porque el pacto arbitral y las reglas acordadas por las partes se cumplan de forma irrestricta, sin condicionamientos de ninguna índole.

FACULTADES DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN INTERNACIONAL - Debe garantizar que el acuerdo celebrado por las partes se respete / DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / OPORTUNIDAD PROBATORIA - Debe estar establecida previamente al procedimiento arbitral / CRITERIO OBJETIVO - Del incumplimiento / PRINCIPIO DE IGUALDAD

[E]l examen del cumplimiento de las normas procesales acordadas debe hacerse teniendo en cuenta su tenor literal en la medida en que aquellas tienen como finalidad la de establecer de manera clara y precisa cómo debe adelantarse el proceso. Igualmente, en materia de oportunidades probatorias, la regla debe establecer también de manera clara y precisa, cuál es la oportunidad durante la cual las partes pueden aportar determinado medio probatorio, y cuáles son las condiciones necesarias para ejercer este derecho. [E]l respeto de tales reglas no pueden depender de análisis discrecionales del tribunal arbitral, porque en tal caso se afectaría el propósito fundamental de toda norma procesal, que no es otro que garantizar que las partes tengan claras las reglas de juego bajo las cuales se desarrollará el proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 91

FACULTADES DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN INTERNACIONAL / DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / OPORTUNIDAD PROBATORIA / CRITERIO OBJETIVO - Del incumplimiento / PRINCIPIO DE IGUALDAD / CRITERIO OBJETIVO - Admitir procesos interpretativos del juez crearía inseguridad jurídica / IMPROCEDENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Tratándose de una disposición procesal que persigue establecer una regla de procedimiento igualitaria (cuándo y en qué condiciones las partes pueden ejercer un derecho en el proceso), el ámbito de interpretación judicial se reduce al máximo, toda vez que no puede restringirse el derecho a un trato equitativo de las partes en relación con las oportunidades probatorias (...) en aras de evitar desconocimientos a los derechos de defensa, de contradicción y al debido proceso. Definir una regla procesal como una obligación de medios implicaría, por el contrario, la necesidad de examinar la diligencia o negligencia del tribunal al aplicarla, así como establecer si tuvo en cuenta todos los parámetros que debió considerar para adoptar la decisión de negar la prueba. Una regla procesal acordada en esos términos haría necesario incluso determinar si su violación solo se configura con la constatación de una culpa simple o de una culpa calificada (culpa grave). Adoptar una regla de este modo generaría absoluta inseguridad en el trámite del proceso.

FACULTADES DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN INTERNACIONAL / DEBIDO PROCESO / OPORTUNIDAD PROBATORIA / DICTAMEN PERICIAL / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA - Mediante la presentación de otro dictamen / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - El Tribunal de Arbitramento desconoció el procedimiento acordado por las partes / OPORTUNIDAD PROBATORIA - El Tribunal interpretó las normas procesales contenidas en la OP1 a partir de una aparente prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal

En efecto, la citada disposición procesal convencional establecía: “Después de memoriales escritos [de demandas, contestaciones, réplicas y dúplicas], no podrán formularse nuevos alegatos o presentarse nuevas pruebas documentales, declaraciones de testigos y/o periciales, ni tampoco nuevas reclamaciones o pretensiones”. (...) [C]on esta decisión los árbitros también desconocieron la OP1 y, por tanto, contravinieron el procedimiento previamente acordado y estipulado por las partes. Como se precisó anteriormente, el Tribunal interpretó las normas procesales contenidas en la OP1 a partir de una aparente prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal o formal, sin advertir que, por tratarse de normas procesales de naturaleza convencional no podían ser flexibilizadas en esos términos, so pena de que se pudiera alegar el desconocimiento del procedimiento acordado y, por tanto, se configurara la nulidad del laudo, por desigualdad de las partes, en los términos del artículo 91 del Estatuto Arbitral.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - El Tribunal de Arbitramento desconoció el procedimiento acordado por las partes / OPORTUNIDAD PROBATORIA - El Tribunal interpretó las normas procesales contenidas en la OP1 a partir de una aparente prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal / OBJETO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / VICIOS EN LOS PROCESOS DE LAUDO ARBITRAL - Determinar la incidencia de la prueba en el laudo implicaría examinar el fondo de la decisión adoptada / COMPETENCIA DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / LÍMITE DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

[E]ran las sociedades convocadas las que tenían la facultad de determinar si resultaba o no necesario o conveniente presentar un nuevo dictamen para contradecir el presentado por el consorcio convocante. Esa decisión era de su exclusivo resorte, ya que la norma le otorgaba un derecho, sin que pudiera el Tribunal motu proprio limitarlo. (...) La decisión sobre el cumplimiento del acuerdo procesal se refiere a la forma como se adelantó el proceso. Es ese aspecto el que debe ser examinado por el juez de la anulación y es sobre ese punto que puede ejercer su competencia. La determinación de la existencia de esta causal implica examinar el proceso previo a la expedición de laudo y no lo resuelto en el mismo. (...) Analizar si un medio indebidamente admitido, y sobre todo uno no practicado, habría tenido incidencia en la decisión, implicaría pronunciarse no solo sobre las motivaciones probatorias del mismo, sino sobre la estructura misma de la decisión, para determinar cómo podría haberse fundamentado y decidido el laudo si se hubieren considerado o dejado de considerar determinados medios de prueba.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / TAXATIVIDAD - Un análisis de fondo fuera de las causales legitima la acción de tutela / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL / DEFECTO FÁCTICO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El artículo 107 del estatuto arbitral con toda claridad dispone: “Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales

taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, (...) es claro que no podría establecer la incidencia en el laudo de un medio probatorio irregularmente admitido o negado en el proceso. Sus consideraciones deben estar dirigidas simplemente a constatar si la norma procesal acordada fue respetada en el curso del proceso, al admitir o denegar el medio de prueba ofrecido por las partes. (...)El análisis de la incidencia de la irregularidad en la decisión de fondo -en este caso particular de la prueba no decretada o de la recibida por fuera de la oportunidad prevista-, puede tener cabida en la acción de tutela, por defecto fáctico, e inclusive, en la acción de nulidad de los actos administrativos, pues en tales acciones se exige al demandante que acredite que la prueba no decretada en la actuación administrativa tuvo incidencia en la decisión, para proceder a la invalidación solicitada.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / DERECHO COMPARADO / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO / IMPROCEDENCIA DEL ERROR IN JUDICANDO / VICIOS EN LOS PROCESOS DE LAUDO ARBITRAL - Examinar el fondo de la decisión adoptada desnaturaliza el objeto del recurso extraordinario / COMPETENCIA DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / LÍMITE DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

En relación con el contenido y alcance de la causal de anulación objeto de análisis, la jurisprudencia y doctrina internacionales no han establecido o fijado un criterio unívoco que permita determinar si para la anulación del laudo es necesario que se demuestre, adicionalmente al desconocimiento del procedimiento convenido por las partes, la incidencia efectiva y sustancial que tuvo esa circunstancia en el mismo. (...) En el caso colombiano, el legislador no diferenció y, por tanto, circunscribió la causal de anulación a la violación de la norma de procedimiento, sin que sea necesario acreditar que el desconocimiento tuvo incidencia o consecuencias en el laudo final. Esta hermenéutica se ve reforzada, además, por la lógica y tradición que ha imperado en Colombia en relación con la prohibición de los árbitros de juzgar yerros in iudicando del laudo. Luego, de aceptarse que para la procedencia de la causal de anulación es necesario que se acredite la incidencia que tuvo el desconocimiento de la norma de procedimiento en el laudo final, se tendría que admitir que correspondería al Consejo de Estado definir si ese vicio de procedimiento tuvo incidencia en el sentido de la decisión, análisis típico de un error sustancial, ajeno por completo a la filosofía del recurso que tiene por objetivo principal advertir errores in procedendo. (...) Si la intención del legislador hubiera sido que para la materialización de la causal de anulación objeto de análisis se acreditara la incidencia formal y sustancial en el laudo final, habría introducido de manera expresa esa condición, tal y como ocurre en otros sistemas de derecho comparado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter voluntario del arbitramento y la anulación por violación del procedimiento, ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria del 26 de septiembre de 2018, Exp. 2016-03020, SC001-2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO / IMPROCEDENCIA DEL ERROR IN JUDICANDO / VICIOS EN LOS PROCESOS DE LAUDO ARBITRAL - Examinar el fondo de la decisión adoptada

desnaturaliza el objeto del recurso extraordinario / COMPETENCIA DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / LÍMITE DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / TEORÍA CONTRACTUALISTA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - En virtud del principio de voluntariedad y habilitación, debe garantizarse la aplicación de las estipulaciones de las partes, so pena de que se genere un vicio en las decisiones arbitrales / TEORÍA CONTRACTUALISTA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - No se da prevalencia a la teoría contractualista, sino que se reconoce la importancia de la equidad e igualdad de trato y de oportunidades

[L]as normas y disposiciones contenidas en la OP1 no pueden ser apreciadas como simples reglas procesales que podrían ser objeto de análisis a la luz del principio de la prevalencia del derecho material sobre el formal, como lo sostiene la parte convocante. Cuando las partes acuerdan las normas de procedimiento, ese consentimiento configura una convención y, por tanto, un negocio jurídico. Por consiguiente, los árbitros, en virtud del principio de voluntariedad y habilitación, quedan vinculados indefectiblemente a garantizar la aplicación de las estipulaciones de las partes, so pena de que se genere un vicio en las decisiones arbitrales. Lo anterior no quiere significar que la Sala otorgue prevalencia a la teoría contractualista del arbitraje comercial internacional, sino que reconoce la importancia que tiene para el arbitramento internacional los postulados de equidad e igualdad de trato y de oportunidades, principio estructural reconocido en el artículo 91 del Estatuto Arbitral.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO /

El artículo 92 del Estatuto Arbitral preceptúa que las partes podrán convenir el procedimiento arbitral directamente o por referencia a un reglamento arbitral. En el caso concreto, las partes acordaron el procedimiento y definieron expresamente que las lagunas o vacíos se llenarían con aplicación de las disposiciones del reglamento de arbitraje internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En ese orden de ideas, las reglas de procedimiento en el sub lite hicieron parte de ese continuum que se desprendía del principio de voluntariedad y habilitación, contenido tanto en la cláusula compromisoria del contrato RP3, como del artículo 92 del Estatuto Arbitral. En tal virtud, no es posible considerar el párrafo 62 de la OP1 como una norma instrumental cuyo desconocimiento podría valorarse en términos estrictamente procesales o adjetivos. Por el contrario, esa norma se integró a un acuerdo de voluntades o convención, de allí que su desconocimiento por el tribunal arbitral constituyó un incumplimiento o desatención del negocio jurídico habilitante.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO / CAUSAL DE ANULACIÓN CONTRACTUAL / CRITERIOS HERMENÉUTICOS CONTRACTUALES / PRINCIPIO DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES - Más que a lo literal de las palabras / FUNDADO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Fundado

En criterio de la Sala, el numeral d) del numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 contiene una causal de anulación de naturaleza típicamente contractual.

(...) [T]ratándose de la OP1 resultaban aplicables los criterios hermenéuticos propios de los contratos, específicamente, los que determinan que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” y “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. En virtud del análisis anterior, la Sala declarará fundado el recurso de anulación, por cuanto quedó demostrado que el Tribunal Arbitral desatendió lo convenido expresamente por las partes en relación con las oportunidades probatorias del trámite arbitral, lo que implicó una grave trasgresión del párrafo 62 de la OP1, así como del artículo 91 de la Ley 1563 de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 NUMERAL 1 LETRA D / ORDEN DE PROCEDIMIENTO 1 - ARTÍCULO 62 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 91

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de esta causal de anulación, ver sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de julio de 2018, Exp. 2017-03480, SC5677-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO / CAUSAL DE ANULACIÓN CONTRACTUAL / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL - Sin invalidar acuerdo de arbitraje / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL FINAL - Se mantiene incólume el acuerdo arbitral / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL FINAL - Por sustracción de materia no se estudian las causales oficiosas de anulación

[C]uando prospere alguna de las causales señaladas en el numeral 1, literales b), c) y d) del artículo 108, se declarará la nulidad del laudo, sin que ello perjudique o invalide el acuerdo de arbitraje. Por tanto, la Sala anulará el laudo arbitral final del 4 de diciembre de 2017, sin que esta decisión tenga incidencia sobre la existencia, validez ni oponibilidad del acuerdo arbitral contenido en la cláusula trigésima primera del Contrato RP3 de 2010. Teniendo en cuenta que el recurso de anulación prosperó, la Sala queda relevada de estudiar las causales de oficio de anulación, de que trata el numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 110 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 NUMERAL 1 LETRA B / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 NUMERAL 1 LETRA C / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 NUMERAL 1 LETRA D / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108

CONDENA EN COSTAS / IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - Fundado / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Anulado

El citado numeral 4 del artículo 109 de la Ley 1563 de 2012 preceptúa que si no prospera ninguna de las causales invocadas, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente, salvo cuando el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público. En el caso concreto, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente, puesto que el recurso de anulación prosperó en su integridad.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 109 NUMERAL 4

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - características generales y naturaleza / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA

LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL - competencia / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO INTERNACIONAL - causales a petición de parte y causales de oficio / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL - causales de imposibilidad de hacer valer los derechos y que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes / CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS - no se configuró porque las sociedades convocadas pudieron solicitar la aclaración, corrección, adición o interpretación del laudo final / CAUSAL SEGÚN LA CUAL EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL NO SE AJUSTÓ AL ACUERDO ENTRE LAS PARTES - se configuró porque se demostró que la interpretación errada de una de las disposiciones de la orden de procedimiento n. 1 desconoció el acuerdo y la convención expresa de las partes.

-

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto del honorable Consejero Guillermo Sánchez Luque y aclaración de voto del honorable Consejero Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714)

Actor: CONSORCIO CHINA UNITED ENGINEERING Y DONFANG TURBINE CO. LTDA “CONSORCIO CUC-DTC”

Demandado: GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE-GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO INTERNACIONAL

Temas: RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - características generales y naturaleza / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL - competencia / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO INTERNACIONAL - causales a petición de parte y causales de oficio / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL - causales de imposibilidad de hacer valer los derechos y que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes / CAUSAL DE IMPOSIBILIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS - no se configuró porque las sociedades convocadas pudieron solicitar la aclaración, corrección, adición o interpretación del laudo final / CAUSAL SEGÚN LA CUAL EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL NO SE AJUSTÓ AL ACUERDO ENTRE LAS PARTES - se configuró porque se demostró que la interpretación errada de una de las disposiciones de la orden de procedimiento n.º 1 desconoció el acuerdo y la convención expresa de las partes..

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. -demandante en reconvención- contra el laudo arbitral internacional del 4 de diciembre de 2017, proferido por el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias surgidas entre el Consorcio China United Engineering Corporation y Dongan Turbine Co. Ltda. "Consorcio CUC-DTC" -en adelante la parte convocante- y las sociedades Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe-GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. -en adelante la parte convocada- en el que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda principal.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 22 de diciembre de 2010, GECELCA S.A. E.S.P., en calidad de mandataria con representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., suscribió con el consorcio CUC-DTC el contrato RP3, que tuvo por objeto la construcción, llave en mano, del proyecto de generación de energía térmica Gecelca 3. GECELCA S.A. E.S.P. adujo varios incumplimientos del consorcio contratista y, por tanto, le impuso una multa y le cobró la sanción especial pactada en el contrato. El consorcio presentó solicitud de arbitraje comercial internacional ante la Cámara de Comercio de Bogotá. El 4 de diciembre de 2017, el tribunal arbitral accedió parcialmente a las pretensiones del consorcio convocante. GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., con fundamento en las causales establecidas en los literales b) y d) del numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, solicitó que se anulara el laudo proferido porque, en su criterio, no pudo hacer valer sus derechos y los árbitros se apartaron del procedimiento arbitral acordado.

II. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

El 22 de diciembre de 2010, GECELCA S.A. E.S.P., en calidad de mandataria con representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., y el consorcio CUC-DTC celebraron el contrato n.º RP3 cuyo objeto consistía, de conformidad con la cláusula segunda, en lo siguiente:

El objeto del presente Contrato es la realización por parte de EL CONTRATISTA EPC y a favor GECELCA de la ingeniería, adquisición, construcción, instalación y puesta en operación comercial bajo la modalidad llave en mano, de una central térmica con capacidad de generación de ciento sesenta y cuatro mil (164000) kW netos en sitio, a una frecuencia de

60 Hz y una tensión de 110 kV, en una sola unidad de carbón con caldera de lecho fluidizado, en jurisdicción del municipio de Puerto Libertador, departamento de Córdoba-Colombia.

PARÁGRAFO. El Contratista EPC deberá realizar la ingeniería básica y de detalle, suministrar y transportar al sitio todos los materiales y equipos, contratar mano de obra, realizar las obras civiles, y en general todas las actividades requeridas para poner en operación comercial la Central GECELCA 3. Cualquier ítem que no se mencione específicamente en este Contrato o en los Términos de la Solicitud Abierta de Ofertas, pero que pueda ser necesario o indispensable para garantizar una operación segura, confiable y eficiente de la Central GECELCA 3, deberá considerarse como incluido en el Contrato y deberá suministrar sin extracostos para GECELCA, y su implementación no debe originar plazo adicional para GECELCA.

Sin restringir la generalidad de lo anterior, EL CONTRATISTA EPC deberá realizar y ejecutar las siguientes actividades: (i) elaborar los estudios y diseños técnicos del Proyecto; (ii) efectuar la fabricación y/o adquisición de equipos con sus respectivas pruebas; (iii) importar, nacionalizar los equipos y transportarlos hasta el sitio del Proyecto; (iv) construcción de la totalidad de las obras civiles; (v) instalación y montaje de los componentes de la Central GECELCA 3; (vi) efectuar las pruebas de operación de los diferentes equipos y sistemas; (vii) efectuar bajo su totalidad responsabilidad las pruebas de recepción y puesta en operación comercial de la Central GECELCA 3; (viii) operar directamente la Central GECELCA 3 durante la etapa de capacitación y entrenamiento del personal de la Central GECELCA 3.

EL CONTRATISTA EPC debe garantizar los siguientes parámetros de la Central GECELCA 3.

Máxima capacidad de Generación Constante (MCR)= 164000 kW netos en sitio.

Consumo térmico específico neto LHV= 9496 BTU/kWh

Máximas Emisiones atmosféricas operando al MCR:

SO₂ (6% de Oxígeno de referencia) = 520 mg/Nm³

NO_x (6% de Oxígeno de referencia) = 350 mg/Nm³

Material particulado (6% de Oxígeno de referencia) = 30 mg/Nm³

Los parámetros anteriores están basados en las siguientes condiciones:

Temperatura del aire ambiente 27° C (Bulbo seco)

Humedad relativa 87.14%

Presión Atmosférica 1022 mbar

Carbón de diseño y caliza típica

Dualidad típica del carbón y la caliza 8157 BTU/lb (F. 21 y 22 c. 1).

La cláusula trigésima primera, sobre solución de conflictos, establecía:

En los casos en que el Contrato no establezca otro plazo, cuando surja una disputa con ocasión del presente Contrato, las Partes tratarán de llegar a un acuerdo al respecto dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de una Parte a la otra del motivo de disputa, plazos que se podrán prorrogar de común acuerdo por las Partes. En caso de no ser posible llegar a un acuerdo en dicho término, se acudirá a la Conciliación establecida en el literal a) de esta Cláusula. En caso de que se declare fracasada la Conciliación, que no exista ánimo conciliatorio o que se llegue a acuerdos parciales, las Partes deberán acudir a los mecanismos de resolución de conflictos establecidos en los literales b) y c) de esta Cláusula. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre a cuál mecanismo acudir en un término de diez (10) días contados a partir del acta que le ponga fin a la

Conciliación, se acudirá inmediatamente al arbitramento establecido en el literal c) de la presente Cláusula. a) Para resolver dichas disputas se recurrirá al mecanismo de la Conciliación, que se tramitará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, por solicitud de alguna de las Partes, de acuerdo con lo establecido anteriormente. b) Las disputas relacionadas con aspectos técnicos u operacionales serán resueltas recurriendo a procedimientos de amigable composición técnica, tal y como estos están regulados en el Código de Comercio Colombiano. El amigable componedor para cada disputa será designado por mutuo acuerdo de las partes. Las disputas relacionadas con el cálculo del Reconocimiento de Mayores y Menores Costos y demás asuntos contables serán resueltas también mediante el recurso de amigable composición contable regulado por el Código de Comercio Colombiano. El amigable componedor para cada disputa será la firma de auditores contables designado por las partes por mutuo acuerdo. El proceso de amigable composición deberá tener lugar en las oficinas de la firma del caso en Barranquilla, en el idioma Español. Cada parte tendrá derecho a referir cualquier disputa a la firma apropiada notificando a la otra Parte y a dicha firma, siendo menester que la notificación indique los siguientes términos que deben ser aceptados por el amigable componedor mediante contratación tripartita con las Partes dirimientes: (i) la amigable composición se hará de acuerdo con la ley Colombiana aplicable; (ii) no será requerido que la evidencia documentaria presente certificados de legalización, a menos que el amigable componedor dude de la veracidad de cualquier documento dado; (iii) el término para la preparación de declaraciones de alegato y de evidencia en apoyo del mismo por las Partes dirimientes será de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha del acuerdo tripartito antes mencionado; (iv) el último día del período de cuarenta y cinco (45) días hábiles referido en el numeral (iii) será la única fecha en la cual las declaraciones de alegato pueden ser presentadas ante el amigable componedor; y (v) un término de treinta (30) días hábiles colombianos para que el amigable componedor resuelva la disputa por escrito, comenzando en el día hábil colombiano siguiente al período de cuarenta y cinco (45) días hábiles referido en el numeral (iii). Cada declaración de alegatos se estructurará como sigue: declaración explicativa de derechos; efecto alegado de los derechos de la Parte declarante sobre la otra Parte; y, declaración de peticiones concerniente al futuro comportamiento de las Partes respecto de la disputa. Cada Parte dirimente deberá desplegar todo esfuerzo razonable para cooperar en cualquier investigación conducida por el amigable componedor relativa a la disputa dada. Cada amigable composición tendrá el efecto de una transacción con arreglo a la ley Colombiana, por ende constituyendo cosa juzgada. Si el amigable componedor falla en entregar la composición dentro del término antes establecido, la decisión, si la hubiere, no será vinculante para las Partes y cualquier Parte tendrá el derecho de referir la disputa a arbitramento de acuerdo con esta cláusula. Si las firmas de ingeniería o de auditoría contable mencionadas, no estuvieren disponibles para resolver cualquier disputa, esta se referirá para ser resuelta por una firma alternativa y reconocidamente experta en el campo aplicable, que sea de mutua aceptación para el CONTRATISTA EPC y GECELCA. Si el CONTRATISTA EPC y GECELCA no pueden acordar sobre la firma alternativa, en o antes del trigésimo (30) día siguiente a la notificación de la disputa, cualquier Parte tendrá derecho a referir la misma a arbitramento con arreglo a esta cláusula. c) Las disputas relativas a este Contrato, que no hayan sido resueltas de acuerdo con los literales anteriores, serán resueltas por arbitramento, de acuerdo con las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tal arbitramento se hará con tres (3) árbitros colombianos nombrados por dicho centro y será conducido en el idioma español. El laudo arbitral será en derecho, definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la Parte que incumpliera. d) Todos los costos de la conciliación según la presente cláusula serán pagados por GECELCA y el CONTRATISTA EPC por partes iguales; todos los costos del amigable componedor serán pagados por la Parte que lo solicite; en los dos casos anteriores, los honorarios y gastos asociados propios de cada Parte y

relacionados con la conciliación o la amigable composición serán pagados por cada una de las Partes. Todos los costos, honorarios y gastos ocasionados con el arbitraje serán pagados por la Parte y en la firma que establezca el tribunal de arbitramento. Los honorarios y gastos asociados con los actos necesarios para hacer cumplir el laudo arbitral deberán ser pagados por la Parte contra la cual se instaure la ejecución (F. 43 y 44 c. 1).

1.2. La solicitud de arbitramento comercial internacional y su contestación

Mediante escrito del 29 de diciembre de 2014, el consorcio CUC-DTC, por intermedio de apoderado judicial, presentó solicitud ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para someter a arbitraje internacional las controversias contractuales surgidas con GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., de conformidad con el artículo 3.5. del Reglamento de Arbitraje Internacional "RAI" de ese centro (F. 1 a 9 c. 1).

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., a través de documento del 29 de enero de 2015, contestó la petición formulada por el consorcio CUC-DTC. Se opuso a las reclamaciones del consorcio y señaló, de forma enfática, que disentía de la connotación de internacional que se le pretendía dar al trámite arbitral, por las siguientes razones: (i) en el momento en el que las partes pactaron la cláusula arbitral, no estaba en vigencia la Ley 1563 de 2012; (ii) como consecuencia, el criterio contenido en esa normativa para determinar si el arbitraje era nacional o internacional resultaba inaplicable, y (iii) las partes no fueron explícitas en acordar que sus diferencias serían resueltas a través de un arbitraje internacional (F. 92 c. 1).

Una vez sorteados los árbitros que integrarían el tribunal, de la lista de árbitros internacionales del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante comunicación del 22 de abril de 2015, el presidente del panel invitó a las partes a que presentaran sus argumentos y observaciones en relación con la naturaleza nacional o internacional del arbitraje. Además, fijó el 20 de mayo de 2015 como fecha para realizar la reunión en la que acordarían la propuesta procesal que regiría el trámite arbitral (F. 378 y 379 c. 1).

GECELCA S.A. E.S.P., por intermedio de apoderado judicial, intervino para manifestar que las partes del contrato RP3 eran GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y el consorcio; que actuó simplemente como mandatario de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., por lo que no podía ser sujeto pasivo del proceso arbitral. Finalmente, adujo que el arbitramento pactado fue nacional y no internacional (F. 387 c. 1).

Mediante escrito del 29 de abril de 2015, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. reiteró que el tribunal de arbitramento no podía tener la naturaleza de internacional, porque el

contrato RP3 fue suscrito un año y siete meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012; en la cláusula trigésima del contrato, las partes acordaron expresamente que el negocio jurídico estaría regido por la ley colombiana y la Corte Constitucional, en la sentencia C-170 de 2014, determinó que el Estatuto Arbitral no podría ser aplicado de forma retroactiva (F. 388 a 391 c. 1).

Por el contrario, el apoderado judicial del consorcio CUC-DTC insistió en la naturaleza internacional del arbitramento convocado, por cuanto China United Engineering y Dongfang Turbine Co. Ltd. eran sociedades creadas y existentes bajo las leyes de la República Popular de China, domiciliadas en ese país, que posteriormente, constituyeron una sucursal en Colombia.

En tal virtud, alegó que la controversia se adecuaba a lo dispuesto por los literales a), b) y c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 que establecen que el arbitraje será internacional cuando las partes al momento de la celebración de un acuerdo tengan sus domicilios en Estados diferentes; cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha esté situado fuera del Estado en el cual tienen sus domicilios, o cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional, respectivamente.

Finalmente, el consorcio agregó que aun en vigencia de la Ley 315 de 1996, el arbitraje sería internacional, toda vez que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral tenían su domicilio en Estados diferentes y la controversia sometida a decisión de los árbitros afectaría directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional (F. 393 a 401 c. 1).

1.3. Laudo parcial

El 8 de mayo de 2015, el Tribunal Arbitral profirió laudo parcial en el que resolvió:

- i. El presente arbitraje es internacional.*
- ii. Al presente arbitraje le serán aplicables las disposiciones del Estatuto Arbitral relativas al arbitraje internacional y el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro.*
- iii. Las partes deberán enviar la propuesta procesal al Tribunal Arbitral el o antes del 18 de mayo de 2015, de conformidad con lo establecido en la comunicación del Tribunal Arbitral del 17 de abril de 2015.*
- iv. Las partes y el Tribunal Arbitral sostendrán una reunión el 20 de mayo de 2015, a las 10:00 a.m. en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sede Chapinero (...) para, en especial, discutir sobre la organización procesal del arbitraje. Un orden del día de dicha reunión será enviado con suficiente antelación.*
- v. La decisión sobre las costas causadas por el asunto de la naturaleza del presente arbitraje se reserva para un momento ulterior del procedimiento y, a más tardar, para el laudo final (F. 431 a 455 c. 1).*

En relación con la aplicación del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, para definir la naturaleza jurídica del arbitramento, el tribunal concluyó que el legislador estableció como criterio *pro tempore* no el momento de celebración de los acuerdos de arbitraje, como lo sostienen las sociedades demandadas, sino el momento en el que se promovieran los procesos arbitrales, de conformidad con el artículo 119 *ibídem*.

Adujo que lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-170 de 2014, no altera la decisión sobre la naturaleza internacional del arbitramento objeto de análisis, en la medida que la decisión de constitucionalidad se circunscribió a la regulación contenida en el párrafo 1º del artículo 37 del Estatuto Arbitral, en relación con los contratos de garantía, de allí que no pueda extrapolarse el razonamiento de la Corte respecto de la aplicación del artículo 119 de la misma normativa.

De otra parte, afirmó que incluso de aceptarse la aplicación del artículo 1º de la Ley 315 de 1996 el arbitramento sería internacional, dado que las partes expresamente pactaron una cláusula compromisoria y al momento de la celebración del acuerdo tenían su domicilio en Estados diferentes.

Por último, el tribunal manifestó que las partes coincidieron en que la ley colombiana debía regir el fondo de la controversia, por lo que no se materializó el riesgo que preocupaba a la Corte Constitucional en vigencia de la Ley 315 de 1996, esto es, que el arbitraje internacional se empleara como un medio para evadir de manera fraudulenta la aplicación de la ley colombiana.

1.4. El trámite para la definición de las reglas procesales y procedimentales

El 28 de mayo de 2015, luego de varios aplazamientos, se llevó a cabo la primera reunión para definir las reglas procesales aplicables al procedimiento internacional arbitral (F. 492 a 495 c. 1).

El 29 de mayo de 2015, las partes continuaron la discusión de la propuesta de reglas de procedimiento (F. 502 a 507 c. 1).

El 9 de julio de 2015, el presidente del Tribunal Arbitral, en nombre de este, emitió la orden de procedimiento n.º 1 en la que se definieron las reglas procesales aplicables a la controversia, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

En primer lugar, se reiteró el contenido del numeral 3.1. del RAI, esto es, del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, que establece que las partes podrán modificar el trámite arbitral internacional, salvo en lo dispuesto en los artículos 3.5, 3.6, 3.11, 3.12, 3.13, 3.14, 3.21 y 3.39. Además, que el tribunal arbitral podría dirigir el procedimiento del modo que considerara más apropiado, con el objeto de evitar dilaciones y gastos innecesarios, de conformidad con el numeral 3.21 del RAI de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En segundo término, se identificaron los puntos sobre los cuales las partes no alcanzaron un acuerdo en la reunión procesal, esto es, el idioma en el que se deberían presentar las declaraciones testimoniales y los dictámenes periciales, la regla de confidencialidad, toda vez que las demandadas señalaron que tenían que reportar información sobre el litigio a otras entidades públicas, como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, por último, el procedimiento a seguir en caso de existir una causa que justificara la inasistencia de un testigo.

En relación con el primer punto, luego de haber deliberado, el Tribunal Arbitral decidió que, a excepción de las pruebas documentales técnicas cuyo idioma original fuera el inglés, toda la prueba documental que no constara en español debía ser traducida a este idioma. Asimismo, que las declaraciones y dictámenes periciales debían ser presentados en idioma español.

Frente a la confidencialidad, el tribunal determinó que con independencia de la Directiva Presidencial n.º 4 de 2014, tanto el procedimiento como el laudo arbitral serían confidenciales, en los términos del artículo 3.33 del RAI de la Cámara de Comercio de Bogotá, que estipula: *“El laudo será confidencial, excepto si su divulgación es necesaria para un procedimiento de impugnación, cumplimiento o ejecución del laudo; que la ley o cualquier otra autoridad judicial exija su divulgación o, que las partes de común acuerdo pacten su carácter de no confidencial. Con todo, el Centro resguardando la confidencialidad respecto de la identidad de las partes, podrá publicar los laudos”*.

No obstante lo anterior, el tribunal indicó que el deber legal de informar, invocado por las demandadas, estaba amparado por las excepciones de la regla de confidencialidad, prevista en el RAI.

En lo relativo a la inasistencia justificada de un testigo o un perito, el tribunal estableció el procedimiento para la valoración de la excusa presentada y el trámite para citarlo nuevamente a la audiencia respectiva.

Se determinó que existía acuerdo entre las partes en relación con el procedimiento planteado y sometido a estudio en la reunión para fijar las reglas procesales. Esas reglas procesales y de procedimiento fueron las siguientes:

(i) De manera preferente se aplicarían al procedimiento, las normas acordadas por las partes, antes que el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá "RAI"; (ii) la admisión, el decreto, el recaudo, la práctica, la valoración y, en general, cualquier aspecto relacionado con las pruebas se regiría por las reglas IBA (*International Bar Association*) sobre pruebas en el arbitraje internacional, salvo que las partes acordaran unas reglas diferentes; (iii) en lo no acordado por las partes, en lo no previsto por el RAI, ni en las reglas IBA, el procedimiento se regiría por la Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012; (iv) el término para presentar el escrito de demanda vencía el 30 de noviembre de 2015; (v) el plazo para presentar contestación sería de 90 días calendario, contados a partir del día siguiente a la fecha de presentación de la demanda. Dentro de este mismo término, se debería presentar la demanda de reconvención, si fuere el caso; (vi) el plazo para presentar la contestación a la demanda de reconvención sería de 90 días calendario, contados a partir del día siguiente a la fecha de presentación del escrito de reconvención; (vii) el consorcio tendría un término de 60 días calendario para presentar un escrito adicional de réplica contado a partir del día siguiente a la presentación de la contestación de la demanda y las demandadas tendrían también un término de 60 días calendario para una dúplica, contados a partir del día siguiente a la presentación del escrito de réplica. Estos escritos de réplica y dúplica constituían la última oportunidad para que las partes presentaran reclamaciones o pretensiones adicionales en el trámite arbitral. Además, las partes podrían presentar escritos de réplica y dúplica en caso de demanda de reconvención, en los mismos términos establecidos para la demanda inicial; (ix) las partes acordaron las reglas para el decreto y práctica de las pruebas documentales, testimoniales y periciales. Adicionalmente, convinieron en que el período probatorio se llevaría a cabo en su totalidad en audiencia; (x) las partes presentarían sus escritos de alegatos de conclusión dentro de los 90 días calendario siguientes a la fecha de terminación de la audiencia que declarara finalizado el período probatorio; (xi) la sede del trámite arbitral sería Bogotá D.C., (xii) el Tribunal Arbitral dictaría su fallo dentro de los seis meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la presentación de los escritos de conclusión, y haría sus mejores esfuerzos para dictar el laudo dentro de los 90 días siguientes a la fecha de presentación de los alegatos -pero no se determinó en este punto si los días eran calendario o hábiles-; (xiii) todo el trámite sería confidencial, salvo las excepciones establecidas en el RAI y (xiv) se estableció que los gastos y costas del

arbitraje serían liquidados de conformidad con los artículos 3.36 a 3.40 del RAI y el artículo 8.5 del marco tarifario aplicable al arbitraje comercial internacional (F. 573 a 588 c. 1).

1.5. La demanda y la réplica del consorcio convocante

Una vez proferido el laudo parcial, en el que se definió la naturaleza jurídica del arbitraje y el tribunal asumió competencia para conocer del asunto, el consorcio CUC-DTC presentó demanda y réplica a la contestación de la demanda, para que se declarara la nulidad de la cláusula 15.1. del contrato RP3 celebrado entre las partes; se ordenara el restablecimiento económico del contrato y se declarara el incumplimiento contractual de las demandadas, con la consecuente indemnización de perjuicios.

La parte convocante solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

Primera. Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula 15.1. del contrato RP3 celebrado el 22 de diciembre de 2012 entre Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. con el consorcio China United Engineering Corporation-Dongfang Turbine Co. Ltd.

Primera subsidiaria a la pretensión primera. En subsidio de la pretensión primera, se declare que la imposición de la multa por USD 10'425.000 y el subsecuente descuento de USD 10'350.000 de los pagos adeudados al consorcio como resultado de la multa fueron indebidos e improcedentes, por haberse realizado violando y/o incumpliendo lo dispuesto en el contrato RP3 suscrito el 22 de diciembre de 2012 con el Consorcio China United Engineering Corporation-Dongfang Turbine Co. Ltd., por cuanto (a) Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. utilizaron erradamente el PDT presentado por el consorcio con el fin de alegar atrasos en las actividades relacionadas con el proyecto, pues el PDT debió haber sido aprobado por Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. mucho tiempo antes de la fecha de inicio del procedimiento de imposición de la multa; y/o (b) Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. utilizaron erradamente el PDT presentado por el consorcio con el fin de alegar la existencia de atrasos en los avances del proyecto para efectos de los pagos que se deben hacer al consorcio; y/o (c) aun cuando el tribunal arbitral considere que el PDT sí tiene la potencialidad de servir de instrumento para medir incumplimientos parciales del consorcio, los atrasos en el PDT no afectaron la correcta ejecución del contrato RP. ni la ruta crítica del proyecto; y/o (d) el plan de mejoramiento al que se refiere la cláusula 15.1.1. del contrato RP3, sí fue presentado por el consorcio; y/o (e) no concurrieron los supuestos fácticos y técnicos invocados por Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. para la imposición de la multa y posterior descuento; y/o (f) Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. infringieron el procedimiento para la imposición de la multa contemplado en el contrato RP3; y/o (g) la multa no se debía aplicar ni descontar conforme a todo otro motivo jurídico o fáctico que, de acuerdo al mérito del proceso, determine el tribunal arbitral.

Segunda subsidiaria a la pretensión primera. En subsidio de la pretensión primera, se declare que la imposición de la multa por USD 10'425.000 y el subsecuente descuento de USD 10'350.000 de los pagos realizados al consorcio como resultado de la multa impuesta unilateralmente, por parte de Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. fueron desproporcionados en relación con las circunstancias que Gecelca alegó

como fundamento para la imposición de la multa; declarando asimismo, la reducción que corresponda con base en su prudente criterio; y declarando la reducción de la multa efectivamente aplicada por Gecelca por cuanto, atendidas las circunstancias concretas del caso y la entidad de los incumplimientos del consorcio, no procedía cursar el máximo de las multas aplicables.

Segunda. Que se ordene a Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. restituir a China United Engineering Corporation, a Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio la suma de USD 10'350.000 descontada por concepto de la multa, o la suma que en derecho corresponda, junto con los intereses de mora causados desde la fecha en que se descontó dicha suma y hasta la fecha de su pago efectivo, o desde cuando lo determine el tribunal arbitral, como consecuencia de haberse acogido a la pretensión primera o la pretensión primera subsidiaria de la primera.

Pretensión subsidiaria a la pretensión segunda. Que se ordene a Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A. E.S.P. a restituir a China United Engineering Corporation, a Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio la suma descontada en exceso a China United Engineering Corporation, a Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio, como consecuencia de haberse acogido la pretensión segunda subsidiaria a la pretensión primera.

Tercera. Que se declare que Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. incumplieron sus obligaciones bajo el contrato RP3 suscrito el 22 de diciembre de 2010 con el Consorcio China United Engineering Corporation-Dongfang Turbine Co. Ltd., entre otras, sin limitarse a ello, por haber incurrido en las siguientes acciones u omisiones: (a) no haber realizado los pagos según el Contrato RP3 y el Anexo No. 4 del Acta No. 2 se deben al consorcio al haber completado los hitos de pago pactados. (b) El pago tardío o retrasado de facturas expedidas por el consorcio; haber incurrido en mora en el pago de las facturas expedidas por el consorcio. (c) No suscribir las llamadas 'actas de liquidación parcial' indicadas en el Anexo No 4 del Acta No. 2 a pesar de que el consorcio había completado los hitos de pago correspondientes. (d) No haber realizado oportunamente la adecuación de la vía de acceso hasta la central Gecelca 3 desde el punto la 'Balustrera' en los términos pactados en el Contrato RP3. (e) No haber cooperado de manera diligente con el consorcio para la obtención del visado del personal chino. (f) No haber cumplido con su obligación de garantizar el acceso oportuno de los trabajadores a las obras, de manera injustificada, al implementar protocolos ineficientes de seguridad. (g) El haber exigido al consorcio, de manera injustificada, desensamblar el rotor. (h) No haber realizado oportunamente el refuerzo del puente sobre el río San Pedro en los términos pactados en el Contrato RP3. (i) Haber suspendido el suministro de energía eléctrica durante la ejecución del Contrato RP3. (j) No haber entregado oportunamente al consorcio una licencia ambiental que permitiera el aprovechamiento forestal en toda el área del proyecto. (k) Haber suspendido las actividades de construcción los días 30 y 31 de octubre de 2011. (l) Haber suspendido las actividades de construcción en el proyecto desde el 25 de julio de 2014 hasta el 5 de septiembre de 2014. (m) Haber entregado tardíamente los documentos necesarios para que el consorcio pudiera solicitar la licencia de construcción del proyecto.

Cuarta. Que se declare que los incumplimientos en los que incurrió Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. causaron perjuicios a China Engineering Corporation, a Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio, según se demuestre en el presente trámite arbitral, incluyendo, pero sin limitarse a ello, los siguientes: (a) los costos adicionales por la mayor permanencia en el proyecto. (b) La pérdida de productividad en obras civiles. (c) La pérdida de productividad en obras electromecánicas. (d) El costo financiero por los pagos tardíos, morosos o no recibidos. (e) La falta de liquidez. (f) La pérdida de utilidad.

Quinta. Que se declare que Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. deben resarcir a China United Engineering Corporation, a Dongfang

Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio los perjuicios y/o el desequilibrio económico sufrido por ellos como resultado de los eventos ocurridos durante la ejecución del Contrato RP3 que afectaron la ruta crítica del proyecto y que no eran atribuibles al consorcio, tales como, sin limitarse a ellos, los siguientes: (a) la temporada atípica de lluvias. (b) Los paros nacionales y locales. (c) Los inconvenientes en la expedición de visas para Colombia. (d) El abandono de la obra por el subcontratista de las obras civiles (Conalvías).

Sexta. Que se declare que Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. es(son) responsable(s) de atrasos en la ruta crítica del proyecto a raíz de los incumplimientos en que incurrió(eron) del contrato RP3 celebrado el 22 de diciembre de 2010 con el consorcio China (...)

Séptima. Que en consecuencia se declare que Gecelca S.A. E.S.P. y/o Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. deben pagar a China United Engineering Corporation, a Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio los conceptos que se indican a continuación, por los valores señalados o por los valores que se prueben en el presente trámite y/o determine el tribunal arbitral, desde su fecha de causación y hasta cuando se verifique su pago efectivo (...) (204 a 208 c. 2).

La parte convocante fundamentó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

GECELCA S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta, mediante la modalidad de sociedad anónima, sometida al régimen de los servicios públicos domiciliarios, cuyo objeto es la prestación de los servicios de generación y comercialización de energía y combustibles. La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es titular del 99,99960% de sus acciones.

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, controlada por GECELCA S.A. E.S.P. -propietaria del 86% de su capital social- que tiene por objeto social actuar como usuario industrial de bienes y servicios en una zona franca permanente y especial dedicada a la prestación del servicio público de generación y comercialización de energía.

El 6 de mayo de 2008, la Comisión de Regulación de Energía y Gas “CREG” realizó la primera subasta de asignación de obligaciones de energía en firme “OEF” del cargo por confiabilidad. El proyecto Gecelca 3 participó en esa subasta y resultó favorecido con la asignación de OEF.

El 2 de septiembre de 2009, a los pocos días de su constitución, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. celebró un contrato de mandato con GECELCA S.A.S. E.S.P., con la finalidad de que la esta pudiera contratar en nombre y representación de aquella todas las actividades relacionadas con la construcción, instalación y puesta en operación comercial de una planta térmica de carbón de 150 MW netos en sitio en

una sola unidad, en jurisdicción del municipio de Puerto Libertador, departamento de Córdoba.

El 22 de diciembre de 2010, GECELCA S.A. E.S.P. -en representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.- y el consorcio demandante celebraron el Contrato RP3.

El Contrato RP3 era un contrato estatal llave en mano o EPC -por sus siglas en inglés "*engineering, procurement and construction*"- que tuvo por objeto la ingeniería, adquisición, construcción, instalación y puesta en operación comercial de la Central G3, en un plazo de 1000 días. GECELCA 3 S.A.S. se obligó, por su parte, a pagar al consorcio la suma de USD 236'250.000.

Las demandadas tenían, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) adecuar la vía de acceso al proyecto y construir el refuerzo del puente sobre el río San Pedro, a más tardar el 31 de mayo de 2011; (ii) obtener una licencia ambiental que permitiera el aprovechamiento forestal de toda el área del proyecto; (iii) suministrar el servicio de energía eléctrica en el área del proyecto y (iv) pagar oportunamente las sumas acordadas en el contrato.

El 28 de agosto de 2013, las partes suscribieron el Otrosí n.º 1 al Contrato RP3, en virtud del cual se amplió el plazo contractual en 254 días (85 días por el primer paro de trabajadores de Conalvías y 169 días por el segundo paro y abandono del sitio del proyecto por Conalvías).

En el primer semestre de 2014, las demandadas y el consorcio sostuvieron negociaciones para extender nuevamente el plazo del contrato; no obstante, GECELCA S.A. E.S.P. exigió al consorcio renunciar expresamente a las reclamaciones y perjuicios sufridos. El consorcio no aceptó la exigencia de Gecelca, por lo que esta dispuso que el Contrato RP3 había entrado en etapa de liquidación. Posteriormente, el 25 de julio de 2014, Gecelca impidió que al consorcio realizar actividades de construcción en el sitio del proyecto.

El consorcio no aceptó que el contrato hubiera entrado en liquidación, por lo que permaneció en el sitio del proyecto. Gecelca insistía en que el contrato debía liquidarse, pero una vez pudo ceder a un tercero su obligación de energía en firme "OEF", cambió radicalmente de posición y llegó a un acuerdo con el consorcio para que se reanudaran las actividades de construcción. Este acuerdo de voluntades quedó reflejado en las Actas 2 a 8 del contrato.

El 12 de septiembre de 2015, la central GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. entró en operación comercial y, por ende, el consorcio finalizó la última actividad de la ruta crítica del proyecto.

La cláusula 15.1. del Contrato RP3 facultó a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. a imponer multas por el incumplimiento parcial del consorcio. Además, la sociedad podía descontar las multas de los pagos pendientes a favor del consorcio.

El 16 de mayo de 2013, GECELCA S.A. E.S.P., en representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., impuso la multa establecida en la cláusula 15.1. del Contrato RP3. Adujo que el consorcio había incumplido el requerimiento de subsanar las falencias del plan de mejoramiento. En tal virtud, hizo efectiva la multa por valor de USD 75.000 diarios a partir del 12 de abril de 2013, hasta el día en que se verificara el cumplimiento definitivo, por parte del contratista de las obligaciones estipuladas en el contrato.

Como fundamentos jurídicos de la demanda y de la réplica de la contestación de la demanda, el consorcio convocante sostuvo:

La cláusula 15.1. estaba viciada de nulidad absoluta, toda vez que el negocio jurídico era de régimen exceptuado, es decir, se regía por las disposiciones del derecho privado. Como consecuencia, las demandadas debieron ser autorizadas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas “CREG” para incluir la cláusula de multa en el contrato.

Ni en la solicitud de ofertas, ni en el contrato RP3 se concibió el Plan Detallado de Trabajo “PDT” como el instrumento mediante el cual se mediría el cumplimiento del contratista. La finalidad del PDT en un contrato llave en mano consiste en medir los avances de obra para efectos del pago, no así para determinar si existe o no incumplimiento.

La multa impuesta no atendió a los principios de proporcionalidad y buena fe. De acuerdo con la cláusula 15.1. el monto de la multa por incumplimiento podía ascender a USD 75.000 diarios. Gecelca nunca explicó las razones por las cuales impuso el monto máximo de la multa al consorcio, cuando lo cierto es que el supuesto incumplimiento solo correspondió a 9 de un total de más de 250 actividades dentro del cronograma revisado.

El consorcio tenía derecho a una extensión del plazo contractual, en razón de la mora de Gecelca en los pagos.

Los atrasos en la ruta crítica del proyecto fueron imputables a Gecelca, puesto que esta debió garantizar el acceso al sitio, la licencia ambiental y un puente adecuado sobre el río San Pedro.

Adicionalmente, el contrato RP3 se desequilibró en su ecuación financiera, dado que hubo necesidad de tramitar una licencia ambiental suplementaria; se presentó un fuerte período de lluvias durante los años 2011 y 2012, que afectó el avance de la cimentación de la caldera de la central; se suspendió el servicio de seguridad durante las elecciones nacionales de octubre de 2011; hubo demoras con el visado de los trabajadores que venían de China; se hizo necesaria una adecuación provisional del puente sobre el río San Pedro para el acceso a la central, se presentó un cese de actividades de los trabajadores de Conalvías S.A.S. y esta empresa abandonó los trabajos de las obras civiles para el acceso del proyecto.

1.6. La contestación de la demanda y la dúplica de las demandadas

GECELCA S.A. E.S.P. impugnó las súplicas de la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de competencia del tribunal. Indicó que actuó como mandatario con representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., motivo por el cual no fue parte del contrato y tampoco suscribió la cláusula arbitral, por lo que sus efectos no podían extenderse. De allí que el Tribunal Arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre los supuestos fácticos y jurídicos que se le endilgan en el escrito de demanda (F. 295 a 299 c. 2).

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. se opuso a las pretensiones del libelo petitorio, para lo cual formuló las excepciones de: (i) carga de la totalidad de los riesgos en cabeza del contratista por la modalidad contractual; (iii) los hechos como causantes de retraso son imputables al mismo consorcio; (iii) incumplimiento atribuible al consorcio; (iv) la modificación del plazo requería de mutuo acuerdo entre las partes; (v) la validez de la cláusula 15.1; (vi) la validez del párrafo segundo de la cláusula séptima sobre la imposibilidad de alegar el desequilibrio económico; (vii) excepción de contrato no cumplido; (viii) *venire contra factum proprium non valet* [desconocer los actos propios no vale]; (ix) buena fe y (x) *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [nadie puede alegar su propia culpa] (F. 301 a 484 c. 2).

Los fundamentos fácticos y jurídicos del escrito de contestación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. se pueden sintetizar de la siguiente manera:

El 6 de mayo de 2008, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales "ASIC" realizó la primera subasta de asignación de obligación de energía en firme "OEF" en la cual GECELCA S.A. E.S.P. participó como representante de una nueva planta de generación, proyecto Gecelca 3, que sería de propiedad de la sociedad GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Al proyecto Gecelca 3 le fue asignada una OEF con una vigencia que iría desde el 1º de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2032. Estas obligaciones debían cumplirse con la construcción y puesta en marcha de una central térmica.

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. es una sociedad por acciones simplificada, con domicilio en Colombia, que ostenta la condición de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios "ESP" mixta, con una participación pública mayoritaria.

El 2 de septiembre de 2008, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y GECELCA S.A. E.S.P. celebraron un contrato de mandato con representación en el cual esta última quedaba facultada para contratar mediante modalidad EPC todas las actividades relacionadas con la construcción, instalación y puesta en operación comercial de la planta térmica a carbón de 150 MW.

El 22 de diciembre de 2010, el consorcio CUC-DTC y GECELCA S.A. E.S.P. celebraron el Contrato RP3. En los parágrafos 1º y 2º de la cláusula séptima del negocio jurídico se estipuló que todos los riesgos contractuales serían asumidos por el consorcio, por lo que no serían procedentes "*reajustes y compensaciones, indemnizaciones y reclamos por las causas anteriores, o debido a esos factores, o a cualquier otra u otras causas o factores que se produzcan durante el desarrollo de este contrato*".

El plazo máximo para la ejecución del contrato fue inicialmente de 1.000 días calendario, contados a partir del día siguiente de la fecha del acta de inicio. Las partes no pactaron la posibilidad de prorrogar automáticamente el Contrato RP3, como tampoco se contemplaron períodos de extensión que operaran por sí solos. Por tanto, toda modificación al Contrato RP3 debía hacerse de mutuo acuerdo por las partes, de conformidad con la cláusula vigésimo quinta del contrato.

El 7 de febrero de 2011, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. entregó al consorcio el anticipo del 15% del valor del contrato, equivalente a USD 35'339.699.

El documento mediante el cual se debía realizar el seguimiento al cumplimiento y avance de las actividades del proyecto era el Plan Detallado de Trabajo "PDT".

El consorcio presentó varios retrasos en la ejecución del contrato lo que llevó a que las partes suscribieran el Otrosí n.º 1. La ampliación del plazo fue aceptada por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. de buena fe, con el único propósito de garantizar el cumplimiento del Contrato RP3. La extensión de la vigencia del negocio jurídico condujo a un nuevo PDT.

La versión definitiva de la cláusula 15.1. del Contrato RP3, sobre multas como mecanismo de apremio y del procedimiento para su imposición, fue revisada, discutida y acordada entre GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y el consorcio, tal como consta en el acta de acuerdo suscrita antes de la firma del contrato. De modo que el consorcio convocante fue coautor de la mencionada disposición contractual.

La multa y el procedimiento previstos se ajustaron a los principios de autonomía de la voluntad, libertad de contratación, igualdad de condiciones contractuales, libre iniciativa privada y a los artículos 1625 del Código Civil y 13 y 16 de la Constitución Política.

Las partes discutieron la posibilidad de suscribir un segundo otrosí para ampliar el plazo de ejecución del contrato, en aras de permitir que el consorcio cumpliera con sus obligaciones contractuales; sin embargo, este se negó a negociar los términos y condiciones del acuerdo, hasta tanto se revocara la multa y se pagaran los valores adicionales solicitados. Los condicionamientos del consorcio no eran aceptables porque legal y contractualmente no tenía derecho a las peticiones elevadas.

Como consecuencia, el plazo de ejecución del Contrato RP3 venció el 10 de julio de 2014, circunstancia por la cual GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. le notificó al contratista el inicio de la etapa de liquidación. Las partes de común acuerdo prorrogaron la etapa de liquidación del contrato hasta el 17 de marzo de 2016, pero el consorcio convocante presentó la solicitud de arbitramento antes del vencimiento del citado plazo.

Como fundamentos jurídicos de la contestación, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. sostuvo que dada la naturaleza jurídica del contrato llave en mano o EPC, todos los riesgos contractuales estaban en cabeza del consorcio, por lo que no podría este trasladarlos a la entidad contratante. En ese orden, el consorcio desconoció los postulados de la buena fe, el principio de no atentarse contra los actos propios y el brocardo de que nadie puede alegar su propia culpa, al solicitar que se dejara sin

efectos la multa impuesta, así como que se ordene el supuesto restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Agregó que Conalvías S.A.S. era un subcontratista del consorcio convocante, por lo que los paros y el abandono de la obra eran circunstancias que estaban bajo su completa tutela y riesgo. En relación con la temporada de lluvias, indicó que el contratista conoció desde antes de la presentación de la oferta las condiciones meteorológicas de la zona, por lo que tampoco podía trasladar este riesgo a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

El trámite migratorio era otra obligación que se encontraba en cabeza del contratista, por lo que tampoco podía imputarse a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

La licencia ambiental que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. tenía la obligación de obtener, fue oportunamente legalizada y otorgada a través de la Resolución 0782 de 2010.

Finalmente, alegó que las obligaciones de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. se circunscribían a adecuar la vía en los estándares del INVIAS y hacerlo desde el punto denominado “La Balestrera” hasta la entrada del proyecto Gecelca 3, esto es, una distancia de aproximadamente 8 kilómetros. La obligación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. respecto del puente sobre el río San Pedro consistía en adecuar su infraestructura para permitir el paso de carga hasta de 52 toneladas.

1.7. La demanda de reconvención y la réplica a la contestación de reconvención

La convocada Gecelca 3 S.A.S. E.S.P., dentro del término legal, presentó demanda de reconvención en contra del consorcio CUC-DTC, con las siguientes pretensiones:

(i) Principales

(a) Relacionadas con el Contrato RP3:

Primera. Declarar la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del Contrato RP3 y de todas sus cláusulas.

Segunda. Declarar que para la presentación de la oferta dentro del proceso de solicitud abierta de ofertas, el consorcio conocía el alcance de las implicaciones de los términos así como las condiciones (a) climáticas de la región, (b) topográficas y geográficas de la zona, (c) de acceso al lugar en el que sería desarrollado el proyecto Gecelca 3 y (d) en general los requerimientos y necesidades de G3 con el proyecto Gecelca 3.

Subsidiaria a la segunda. Declarar que para la presentación de la oferta dentro del proceso de solicitud abierta de ofertas, el consorcio debió conocer

el alcance e implicaciones de los términos, así como las condiciones (a) climáticas de la región, (b) topográficas y geográficas de la zona, (c) de acceso al lugar en el que sería desarrollado el proyecto Gecelca 3 y (d) en general de los requerimientos y necesidades de G3 con el proyecto Gecelca 3.

Tercera. Declarar que tanto los términos de la solicitud abierta de ofertas como la oferta y el acta de Acuerdo No. 1 de diciembre de 2010 son parte del Contrato RP3.

Cuarta. Declarar que la naturaleza del Contrato RP3 corresponde a la de un contrato de los denominados EPC o llave en mano.

Quinta. Declarar que en virtud de los términos de la solicitud abierta de ofertas, de la oferta y del Contrato RP3, el consorcio se obligó con G3 a entregarle a satisfacción de esta última la Central Térmica y las instalaciones en las condiciones indicadas en la cláusula 1 del Contrato RP3.

Sexta. Declarar que, de acuerdo con la oferta del consorcio, el acta de acuerdo y la cláusula 7 del Contrato RP3, el precio del Contrato RP3 es USD 236'250.000 el cual corresponde al precio único acordado por las partes que comprende cualquier circunstancia y/o imprevisto durante el desarrollo del proyecto Gecelca 3.

Séptima. Declarar que la cláusula 6 del Contrato RP3 prevé un plazo fijo o definido para el cumplimiento de las obligaciones del Contrato RP3, el cual era inicialmente de 1.000 días calendario contados desde el día siguiente a la fecha de la firma del Acta de inicio, esto es, hasta el 29 de octubre de 2013, dentro de los cuales el consorcio debía cumplir con todas las prestaciones del Contrato RP3, con excepción de las actividades correspondientes a la capacitación y entrenamiento del personal que podrán realizarse posteriormente.

(...)

(b) Relacionadas con la solidaridad:

Décima primera. Declarar que el consorcio CUC-DTC son solidariamente responsables frente a G3 por cualquier suma de la que sea deudor el consorcio en virtud del contrato RP3 y el acuerdo consorcial presentado por el contratista en la oferta.

(c) Relacionadas con el Otrosí 1

Décima segunda. Declarar la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del Otrosí 1 y de todas sus cláusulas.

(...)

Décima cuarta. Declarar que las partes acordaron el Otrosí 1 para modificar la cláusula 6 del Contrato RP3 y extender el plazo máximo para la ejecución total del Contrato RP3 en 1.254 días calendario que se cumplirían el 10 de julio de 2014 o en la fecha que encuentre probada el tribunal.

Décima quinta. Declarar que la decisión de las partes de ampliar el plazo a través del Otrosí 1 se debió a hechos imputables al Consorcio.

Décima sexta. Declarar que el Otrosí 1 no implicó una modificación de la naturaleza del Contrato RP3 ni tampoco del alcance de sus prestaciones y obligaciones, por lo que el Contrato RP3 continuó siendo un contrato EPC llave en mano con plazos determinados y precio único.

Décima séptima. Declarar que en el Otrosí 1 las partes acordaron que la ampliación de los plazos de la cláusula 6 del Contrato RP3 no implicaba la renuncia a exigir al Consorcio el pago de sanciones, perjuicios y multas.

(d) Relacionadas con la expiración del plazo del contrato RP3:

(...) Vigésima primera. Declarar que el Consorcio se negó a suscribir el Otrosí 2 para la ampliación del término para la ejecución del Contrato RP3.

(...) Vigésima cuarta. Como consecuencia de la expiración del plazo, declarar que el Contrato RP3 entró en etapa de liquidación desde el 11 de julio de 2014.

(...) (e) Incumplimiento del Consorcio por no entregar en tiempo la central térmica:

Vigésima sexta. Declarar que la central térmica no fue entregada por el consorcio para la recepción en operación el 31 de marzo de 2014, esto es, dentro de los 1.154 días calendario siguientes al día de la fecha del Acta de inicio, tal y como lo habían pactado las partes en el Otrosí 1, o en la fecha en que encuentre probada el tribunal.

Vigésima séptima. Como consecuencia, declarar que el consorcio incumplió su obligación de entregar la central térmica G3 en las condiciones contractuales para su recepción en operación por causas imputables al consorcio.

(...) (f) Incumplimiento del consorcio del objeto del contrato dentro del término acordado:

Vigésima novena. Declarar que el consorcio incumplió con su obligación de ejecutar en su totalidad el Contrato RP3 para el 10 de julio de 2014...

(g) Relacionadas con los costos y el lucro cesante para G3:

Trigésima cuarta. Declarar que el consorcio es responsable de todos los daños, costos, gastos y pérdidas en las que incurrió G3 derivados del incumplimiento del consorcio del Contrato RP3.

(h) Relacionadas con la cláusula penal:

Trigésima quinta. Declarar que las partes pactaron en la cláusula 15.2. del Contrato RP3 una cláusula penal exigible al consorcio en los términos acordados de mutuo acuerdo por las partes en el Contrato RP3.

Trigésima sexta. Como consecuencia de los incumplimientos del consorcio declarar que es procedente la aplicación de la cláusula penal, de acuerdo con la cláusula 15.2. del Contrato RP3 acordada por las partes.

(...) (i) Relacionadas con la multa impuesta:

Trigésima novena. Declarar la existencia, validez, eficacia y oponibilidad de la cláusula 15 del Contrato RP3.

Cuadragésima. Declarar que las partes de mutuo acuerdo y en virtud del principio de la autonomía de las partes, pactaron en la cláusula 15.1. del Contrato RP3 la posibilidad de imponer multas de apremio al consorcio, así como el procedimiento para tal efecto.

(...) Cuadragésima quinta. Declarar que G3 tenía el derecho legal y contractual para imponer la multa al consorcio.

Cuadragésima sexta. Declarar que contractualmente G3 tenía la facultad para realizar el descuento al consorcio de los valores que le adeudaba G3 para asegurar el pago de la multa y cumplir con su objetivo de apremio.

Cuadragésima séptima. Declarar que el valor de la multa por incumplimiento del consorcio ascendió a USD 10'425.000.

Cuadragésima octava. Declarar que G3 en ejercicio de los derechos conferidos por el Contrato RP3, compensó USD 10'350.000.

Cuadragésima novena. Declarar que el consorcio debe a G3 el saldo de la multa no compensada por valor de USD 75.000.

(j) Relacionadas con la sanción especial:

Quincuagésima. Declarar que las partes de mutuo acuerdo pactaron en la cláusula 16 del Contrato RP3 -modificada por el Otrosí 1- que en el evento en el que el consorcio no entregara a G3 la central térmica para su recepción en operación dentro de los 1.199 días calendario siguientes a la firma del acta de inicio, el consorcio debería pagar una sanción especial.

(...) Quincuagésima quinta. Declarar que, aunque la central térmica entró en operación comercial ante el sistema interconectado nacional el 17 de septiembre de 2015, la central térmica no cumplía con los parámetros acordados por las partes en el parágrafo de la cláusula 1 del Contrato RP3.

Quincuagésima sexta. Como consecuencia, ordenar al consorcio el pago a G3 de la sanción especial desde el 16 de mayo de 2014 hasta la fecha en que el consorcio entregue la planta cumpliendo con los parámetros acordados por las partes en el parágrafo de la cláusula 1 del Contrato RP3.

Subsidiaria a la Quincuagésima sexta. Como consecuencia ordenar al consorcio el pago a G3 de la sanción especial desde el 16 de mayo de 2014 y hasta el 16 de septiembre de 2015, por la suma total de USD 42'000.000 o el valor que se demuestre durante el trámite arbitral (...)

(k) Relacionadas con la liquidación:

Quincuagésima séptima. Declarar que el Contrato RP3 se encuentra en etapa de liquidación desde el 11 de julio de 2014.

(l) Condena en costas:

(...)

(ll) Nuevas pretensiones relacionadas con la liquidación del contrato:

Sexagésima sexta. Liquidar el Contrato RP3 (...) (F. 485 a 544 c. 2).

Los escritos de reconvención y de réplica de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. se estructuraron a partir de los siguientes hechos y razones jurídicas:

Luego de diez años de aplicación del cargo por capacidad, la CREG diseñó un esquema basado en un nuevo mecanismo denominado "cargo por confiabilidad", que operaría desde el 1º de diciembre de 2006. Uno de los componentes esenciales del nuevo sistema es la existencia de obligaciones de energía firme (OEF), que corresponden a un compromiso de los generadores, respaldado por activos de generación capaces de producir energía firme durante condiciones críticas del mercado de energía mayorista. Lo anterior, en aras de garantizar y asegurar la confiabilidad del suministro de energía en el largo plazo y a precios eficientes.

En tal virtud, se subastan entre los generadores las OEF que se requieran para cubrir la demanda del sistema. La remuneración es liquidada y recaudada por el

Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales "ASIC", y pagada por los usuarios del sistema a través de las tarifas que cobran los comercializadores de energía.

En mayo de 2008, Gecelca participó en la primera subasta realizada para la asignación de OEF del cargo por confiabilidad y resultó seleccionado el proyecto Gecelca 3.

Para explicar la OEF se debe partir del concepto de energía en firme para el cargo por confiabilidad "ENFICC" que consiste, para el caso de una planta o unidad de generación, en la energía máxima que, de acuerdo con sus características o méritos técnicos, es capaz de producir una planta para el cargo de confiabilidad. Por el contrario, la OEF es la energía que está implícita o se deriva de la ENFICC y, como consecuencia, se define como la cantidad de energía en firme que debe aportar una unidad o planta al sistema de acuerdo con el despacho ideal y el precio al que se le pagará corresponde al precio de cierre de la subasta.

Por consiguiente, la OEF puede ser inferior o igual a la ENFICC, pero nunca puede ser superior a la energía en firme. Lo que se remunera es la OEF asignada en la subasta, una planta puede tener ENFICC pero podría no tener OEF.

Para la asignación de la OEF a una unidad o planta de generación, el generador adquiere el derecho a recibir como beneficio o contraprestación la remuneración del cargo por confiabilidad, a cambio de asumir la obligación de entregar la cantidad de energía firme subastada.

Las consecuencias de no cumplir con la OEF están establecidas en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 y son muy graves, pues significan la pérdida de la OEF asignada al generador y la ejecución de la garantía bancaria.

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, se debía garantizar la demanda del Sistema Interconectado Nacional "SIN" y, por tanto, que el proyecto Gecelca 3 estuviera listo para su entrada en operación comercial antes del 1º de diciembre de 2012, so pena de perder las OEF y hacerse efectivas las garantías.

Dado que el consorcio manifestó que la recepción de la operación de la central térmica se cumpliría el 20 de julio de 2013 -a los 900 días calendario de la fecha del acta de inicio-, Gecelca, para poder posponer sus OEF hasta el 30 de noviembre de ese año y así evitar la pérdida del cargo por confiabilidad y la producción de daños

en su patrimonio, utilizó uno de los anillos de seguridad, para lo cual presentó oferta en la subasta de reconfiguración del 9 de noviembre de 2012.

Las partes habían pactado que el consorcio haría sus mejores esfuerzos para realizar una prueba de generación de energía en la central térmica de mínimo 150 MW a los 718 días calendario, esto es, el 21 de enero de 2013; sin embargo, para ese momento la central no solo no estaba en condiciones de realizar prueba alguna, sino que, además, el avance del proyecto Gecelca 3 era del 52,14% cuando debía estar al menos en el 92,01%, de conformidad con el PDT.

El consorcio no entregó la central térmica en los plazos estipulados, motivo por el cual Gecelca S.A. E.S.P., en representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., se vio obligada a emplear mecanismos de mitigación de daños, como la celebración de contratos de respaldo y la cesión de las OEF, para evitar el incremento de los costos y la generación de pérdidas en su patrimonio.

En aplicación de la cláusula 15.1. del contrato RP3, y en consideración a lo recomendado por la interventoría, el 17 de abril de 2013, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. inició el procedimiento de imposición de multas al consorcio, para que este pudiera rendir explicaciones y presentar un plan de mejoramiento, en aras de corregir las deficiencias y solucionar los inconvenientes presentados.

Mediante comunicaciones del 30 de abril y del 1º de mayo de 2013, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y la interventoría rechazaron el plan de mejoramiento presentado por el consorcio, porque el documento no explicaba o justificaba el retraso indicado por Gecelca S.A. E.S.P. en el PDT, así como tampoco planteaba las acciones a ser implementadas para corregir las deficiencias; no se refería a las desviaciones del PDT y el nuevo PDT presentado por el consorcio carecía de enlaces, antecesoras, predecesoras de actividades necesarias para darle contrato y seguimiento al avance del proyecto.

Por lo anterior, el 16 de mayo de 2013, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. procedió a la imposición de la multa de apremio pactada en la cláusula 15.1 del Contrato RP3, la cual se calculó a partir del 12 de abril de 2013, esto es, desde el momento en que la interventoría comunicó a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. el incumplimiento parcial del consorcio.

De acuerdo con la cláusula 15.1. del Contrato RP3, la gravedad del incumplimiento parcial y la negativa a presentar un PDT que cumpliera con los requisitos contractuales, el valor de la multa en razón de 139 días a USD 75.000 por cada día

de retraso, el valor ascendió a USD 10´425.000, de los cuales fueron compensados USD 10´350.000, de conformidad con la autorización contenida en el mismo contrato, según la cual: *“GECELCA podrá compensar el valor de las cláusulas penales que se hayan establecido, incluidas las multas, de cualquier suma que le deba a EL CONTRATISTA EPC o exigirla al garante, para lo cual EL CONTRATISTA EPC la autoriza expresamente”*.

La central térmica estuvo disponible para entrar en operación comercial el 17 de septiembre de 2015, es decir, a los 535 días de la fecha en la cual debió cumplirse esta obligación, cuyo plazo máximo era el 31 de marzo de 2014.

Como consecuencia, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. tendría derecho a que el consorcio le pagara la sanción especial liquidada en los términos del numeral 16.1.1. del Contrato RP3, que asciende a USD 58´700.000.

1.8. Contestación de la demanda de reconvención y la dúplica del consorcio convocante

El consorcio demandante se opuso a las súplicas de la demanda de reconvención. Consideró que las demandadas no pueden actuar en contra de sus propios actos, al alegar, de una parte, la falta de competencia del tribunal arbitral y, de otra, formular súplicas en una acción propia, independiente, como lo es la de reconvención.

Además, propuso las siguientes excepciones: (i) indebida imposición de la multa; (ii) la cláusula penal como un pacto abusivo; (iii) improcedencia de la cláusula penal; (iv) improcedencia de la sanción especial; (v) excepción de contrato no cumplido; (vi) *venire contra factum proprium*; (vii) la modalidad del Contrato RP3 no excluía la posibilidad del consorcio de solicitar una indemnización de perjuicios y (viii) buena fe del consorcio y mala fe de Gecelca en la ejecución del contrato.

Indicó que, contrario a lo precisado por las convocadas-convocantes en reconvención, el texto de la cláusula 15.1 del Contrato RP3 únicamente exigía que el plan de mejoramiento incluyera el término en el cual se iban a corregir los atrasos hallados; cualquier otro requisito exigido por Gecelca S.A. E.S.P. en sus comunicaciones al consorcio era adicional al contenido expreso del negocio jurídico.

Reiteró que la cláusula 15.1. del Contrato RP3 era nula por objeto ilícito, toda vez que no podía ser incorporada al mismo, sin previa autorización de la CREG.

Frente a la improcedencia de la cláusula penal, el consorcio agregó que la única forma en que podía hacerse efectivo el pacto era por el incumplimiento total de cualquiera de las obligaciones que no permitieran ejecutar el objeto del contrato. Igual argumento invocó en relación con la improcedencia de la sanción especial solicitada por Gecelca. En efecto, agregó que Gecelca 3 estuvo lista para entrar en operación comercial el 12 de septiembre de 2015, puesto que en esa fecha concluyó de manera exitosa la “prueba de confiabilidad” que se había iniciado el 9 del mismo mes y año. En tal virtud, manifestó que se cumplió con los parámetros garantizados de generación máxima neta, consumo término específico y de emisiones máximas permitidas.

2. El laudo arbitral internacional impugnado

El 4 de diciembre de 2017, el tribunal de arbitramento profirió el laudo arbitral internacional impugnado (F. 2926 a 3211 c. ppal.). El laudo declaró la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del Contrato RP3. Precisó que el plazo máximo para el cumplimiento de las obligaciones fue extendido de común acuerdo entre las partes hasta el 17 de marzo de 2016. Además, declaró probado el incumplimiento del contrato por parte de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. y, como consecuencia, ordenó la correspondiente indemnización de perjuicios a favor del consorcio convocante. Finalmente, declaró la improcedencia de la multa impuesta por Gecelca y, por tanto, la condenó, así:

11. DECISIÓN

919. El Tribunal se ha limitado a continuación a dirimir el litigio entre las Partes mediante la resolución de las pretensiones declarativas y condenatorias relacionadas con éste. Respecto de otras declaraciones solicitadas por las Partes, el Tribunal:

a. Las ha hecho en la parte motiva del presente Laudo en tanto premisas para las decisiones que siguen más abajo;

b. Las ha considerado innecesarias para dirimir el litigio entre las Partes y por ende las ha rechazado; o

c. Las ha rechazado por su falta de mérito según lo explicado en la parte motiva del presente Laudo.

920. En vista de todas las consideraciones de la parte motiva del presente Laudo, el Tribunal, decide:

921. Declarar que el Centro no tiene jurisdicción y el Tribunal no tiene competencia para decidir reclamos por el consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. contra Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe-Gecelca S.A. E.S.P.

922. Declarar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal para decidir los reclamos planteados por el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. contra Gecelca 3 S.A.S. E.S.P.

923. Declarar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal para decidir sobre los reclamos planteados por Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. contra el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd.

924. Declarar que los reclamos formulados por el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. son admisibles.

925. Declarar que los reclamos formulados por Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. contra el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. son admisibles.

926. Declarar la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del Contrato RP3 y de todas sus cláusulas.

927. Declarar que el plazo máximo para el cumplimiento de las obligaciones del Contrato RP3 fue extendido de común acuerdo por las Partes hasta el 17 de marzo de 2016.

928. Declarar que Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. incumplió sus obligaciones bajo el Contrato RP3 suscrito el 22 de diciembre de 2010 con el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. por haber suspendido las actividades de construcción en el Proyecto desde el 25 de julio de 2014 hasta el 5 de septiembre de 2014.

929. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. pagar a China United Engineering Corporation, Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o el Consorcio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del presente laudo:

a. La suma de USD 690.064; y

b. La suma de USD 551.166,54, por concepto de intereses de mora sobre estos montos.

930. Declarar que Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. incumplió sus obligaciones bajo el Contrato RP3 suscrito el 22 de diciembre de 2010 con el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. por haber incurrido en mora en el pago de las facturas expedidas por el Consorcio.

931. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. pagar la suma de USD 389.915,13 a China United Engineering Corporation, Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o el Consorcio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del presente Laudo.

932. Declarar la existencia, validez, eficacia y oponibilidad de la cláusula 15 del Contrato RP3.

933. Declarar que la imposición de la Multa por USD 10.425.000 y el subsecuente descuento de USD 10.350.000 de los pagos adeudados al Consorcio como resultado de la multa impuesta unilateralmente por Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. fueron indebidos o improcedentes, por no haberse realizado con ajuste a lo dispuesto en el Contrato RP3.

934. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. pagar a China United Engineering Corporation, Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del presente Laudo:

a. la suma de USD 10.350.000 descontada por concepto de la multa; y

b. la suma de USD 8.266.731,30 por concepto de intereses sobre estos montos.

935. Declarar que el saldo del Contrato RP3 pendiente de pago asciende a USD 13.299.404,00.

936. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. pagar a China United Engineering Corporation, Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o el Consorcio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del presente Laudo:

a. la suma de USD 13.299.404,00; y

b. la suma de USD 7.280.146,945 por concepto de intereses de mora sobre estos montos.

937. Declarar que es procedente aplicar la sanción a la que se refiere el primer párrafo de la cláusula 16.3.1. del Contrato RP3, la cual asciende a la suma de USD 497.600.

938. Descontar, como consecuencia de la liquidación del Contrato RP3, la suma de USD 497.600 de los montos que Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. debe pagar al Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. de conformidad con la parte resolutive del presente Laudo.

939. Declarar que el Consorcio conformado por las compañías China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. tiene la obligación de entregar a Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. la garantía de estabilidad de la obra a la que se refiere el numeral 12 del capítulo I del volumen II de la solicitud de ofertas.

940. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a China United Engineering Corporation, Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o el Consorcio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del presente Laudo, constituir la garantía de estabilidad de la obra a la que se refiere (...) dando cumplimiento a los términos establecidos en la parte motiva del presente Laudo y previa entrega, de parte de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P., del certificado de recepción y aceptación estipulado...

941. Declarar que el Contrato RP3 se encuentra liquidado en los términos indicados en la parte motiva del presente Laudo.

942. En relación con los intereses posteriores a la notificación del presente Laudo, ordenar que, en caso de que Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. incumpla con el pago de los montos definidos en el presente Laudo, correrán intereses de mora a la tasa máxima legal aplicable, conforme a la tasa de interés definida en el Contrato RP3 y la legislación vigente en la República de Colombia.

943. Declarar causados los honorarios de los árbitros (netos de impuestos) en el presente arbitraje en los siguientes términos:

Eduardo Silva Romero	USD 300.000
Juan Carlos Esguerra Portocarrero	USD 300.000
Hernando Sánchez Sánchez	USD 150.000
José Armando Bonivento Jiménez ¹	USD 150.000

¹ El árbitro José Armando Bonivento Jiménez reemplazó al árbitro Hernando Sánchez Sánchez, puesto que este renunció a la designación el 17 de marzo de 2017.

El Centro pagará los honorarios de los árbitros dentro de los 30 días siguientes a la notificación del presente Laudo.

944. Declarar causada la tarifa del Centro, la cual asciende a USD 86.025.

945. Declarar que no existen dineros en manos del Centro que deban ser devueltos a las Partes.

946. Declarar que China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. y Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. deben asumir todos los gastos y costas en las que han incurrido en relación con el presente arbitraje.

947. Ordenar a China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. y/o al Consorcio pagar a Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe -Gecelca S.A. E.S.P., dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del presente Laudo, la suma de COP 824.568.463,80.

948. Declarar que Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe-Gecelca S.A. E.S.P. debe asumir el resto de los gastos y costas en los que incurrió en relación con el presente arbitraje.

949. Rechazar las demás pretensiones de las Partes (F. 3207 a 3211 c. ppal.).

En primer término, el Tribunal Arbitral concluyó que Gecelca S.A. E.S.P. no era parte del Contrato RP3, por lo que su condición se restringía a la de mandataria con representación de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. En tal virtud, a esa sociedad se le tuvo como coadyuvante de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. Además, el panel arbitral declaró su falta de competencia para pronunciarse en relación con las pretensiones y reclamaciones formuladas en contra de Gecelca S.A. E.S.P.

En el laudo se consideró que la vigencia del negocio jurídico se amplió hasta el 17 de marzo de 2016, de conformidad no solo con el Otrosí n.º 1 suscrito por las partes el 28 de 2013, sino también con las denominadas por las partes “actas de liquidación 2 a 8”.

En relación con la multa impuesta por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., el tribunal determinó que el análisis técnico de la interventoría para iniciar y promover el procedimiento de imposición de multas no era satisfactorio, dado que no era suficiente analizar el retraso de las actividades según el PDT, ya que se debió verificar el impacto en la ruta crítica del proyecto. De allí que consideró que la multa fue una medida desproporcionada, que no estuvo ajustada al contrato.

Frente a la posible invalidez de las cláusulas séptima y vigésima primera del negocio jurídico -sobre valor y distribución de riesgos- el Tribunal de Arbitraje declaró su validez, al considerar que si bien el Contrato RP3 era de naturaleza estatal, regido por el derecho privado, lo cierto es que no podría desconocerse el esquema de distribución de riesgos establecido por las partes, pues ello le

otorgaría al consorcio un beneficio que no tuvo en las negociaciones con Gecelca -en representación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. -, puesto desde el inicio del procedimiento de selección se estableció que todos los riesgos serían asumidos por el contratista. De allí que se precisó que era perfectamente lícito que las partes hubieran acordado la distribución y asunción de riesgos, sin que esa convención impidiera la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato; no obstante, este solo podría tener aplicación en caso de verificarse la existencia de aleas anormales y extraordinarios.

En ese orden de ideas, el laudo negó todas las reclamaciones provenientes del alegado rompimiento de la ecuación económica del contrato. En efecto, consideró que todas las circunstancias alegadas en la demanda principal (v.gr. cese de actividades de los trabajadores de Conalvías y abandono de la obra civil; la temporada atípica de lluvias, las restricciones migratorias, entre otras) no fueron imprevistas e imprevisibles y, por consiguiente, se encontraban amparadas dentro de los riesgos asumidos por el consorcio contratista.

Luego, el tribunal analizó los incumplimientos alegados por el consorcio convocante en contra de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., esto es, la falta de adecuación de la vía de acceso y el puente sobre el río San Pedro; la obtención de la licencia ambiental complementaria para el aprovechamiento forestal; los cortes en el suministro de energía eléctrica; la falta de cooperación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. para la obtención del visado de los empleados chinos; la implementación de los protocolos de seguridad en el sitio del proyecto; la suspensión del trabajo los días 30 y 31 de octubre de 2011; la suspensión de trabajos los días 25 de julio y 5 de septiembre de 2014; la solicitud de desensamblar el rotor; el pago tardío de las facturas y el pago del saldo del contrato.

De las anteriores circunstancias, los árbitros solo encontraron acreditados dos incumplimientos. El primero, la suspensión de los trabajos durante 43 días, entre el 25 de julio y el 5 de septiembre de 2014, atribuibles a Gecelca S.A. E.S.P., que asumió una actitud contradictoria que perjudicó la correcta ejecución de los trabajos, pues inicialmente invitó al consorcio a prorrogar el plazo, pero el 11 de julio de ese año de forma intempestiva le manifestó que se daba por terminado el contrato y que tenía que abandonar el sitio del proyecto el 24 del mismo mes y año. El segundo, la falta de pago y la mora en el pago de las facturas por cuenta de la imposición de la multa y de los trabajos durante el período que las partes denominaron de liquidación.

De otra parte, en relación con las pretensiones formuladas por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. el Tribunal Arbitral determinó que la indisponibilidad de la central térmica durante los períodos cesantes del 1º de abril de 2014 al 16 de septiembre de 2015) y del 26 de octubre al 15 de noviembre de 2015 no constituyó un incumplimiento contractual; por el contrario, consideró que los daños alegados por la contratante eran especulativos. Sostuvo Gecelca S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no probaron que la planta debiera estar disponible durante esos períodos, por lo que no existe prueba de que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. hubiera tenido derecho al cobro del cargo por confiabilidad durante tales lapsos, de conformidad con la regulación nacional.

Además, el laudo negó las súplicas de la demanda de reconvención relacionadas con los costos de los pendientes de instalación y no conformidades (*punch list*), toda vez que no se demostró que estos hubieran excedido el valor que había sido previsto contractualmente por las partes para esos efectos, esto es, la suma de USD 3'259.026.

Frente a la posibilidad de hacer efectiva la sanción especial a favor de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., el panel negó la pretensión, dado que no se cumplieron las condiciones convencionales para que la misma pudiera ser reclamada, puesto que las partes acordaron expresamente que el plazo del contrato fuera extendido hasta el 17 de marzo de 2016. Aunado a lo anterior, la entrada en operación de la central se produjo sin que GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. incumplieran sus obligaciones frente al mercado de electricidad colombiano, ya que al haber activado el anillo de seguridad que permitió ceder su OEF, G no tenía compromisos en el mercado eléctrico asociados al proyecto Gecelca 3, sino hasta diciembre de 2015, esto es, con posterioridad a la entrada en operación comercial de la central.

De igual manera, se negó la pretensión de hacer efectiva la cláusula penal, por cuanto se estableció que para que la misma pudiera ser cobrada, de conformidad con la cláusula 15.2. del Contrato RP3 era necesario verificar un incumplimiento total de cualquiera de las obligaciones que no permitieran ejecutar el objeto del contrato. Así las cosas, se afirmó que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no acreditó el incumplimiento total de algunas de las obligaciones del contrato por parte del consorcio.

En relación con la constitución de las garantías, el laudo arbitral estableció que era obligación del consorcio convocante entregar la garantía de estabilidad de la obra,

en los términos pactados en el párrafo segundo de la cláusula 12 del Contrato RP3.

Finalmente, el Tribunal Arbitral liquidó el Contrato RP3.

El árbitro José Armando Bonivento Jiménez salvó parcialmente el voto, por cuanto, en su criterio, el plazo del contrato no se extendió hasta el 17 de marzo de 2016, tal y como lo concluyó la posición mayoritaria. Adujo que si bien la vigencia del negocio jurídico fue ampliada mediante la celebración del Otrosí n.º 1, no cabe duda de que las actas que las partes denominaron “de liquidación” no tuvieron la virtualidad de ampliar el plazo máximo de ejecución del contrato, porque su intención era la de ampliar el plazo de liquidación del negocio jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, agregó que las partes tenían un punto en común y era la intención de que se culminaran las obras y actividades del proyecto; no obstante, esa “ampliación del plazo para liquidar” mostraba una confrontación de intereses jurídicos que no podía implicar una renuncia de las reclamaciones propias, que posteriormente decidieran instaurar. De allí que, sostuvo expresamente: *“no coincido con la posición de la mayoría, según la cual, las extensiones del plazo convenidas en las Actas Nos. 2 a 8 ‘estuvieron inspiradas por un razonamiento similar al que las Partes plasmaron en el Otrosí No. 1’”*.

Además, en el voto disidente se sostuvo que se han debido estudiar de fondo las pretensiones de reconocimiento de extensiones de plazo ocasionadas por el acaecimiento de los eventos disruptivos que el consorcio convocante invocó, así como el posible incumplimiento de este en la modalidad de retardo, respecto de la obligación principal de entregar la central en operación dentro del término del contrato.

Otro punto objeto del disentimiento consistió en el momento a partir del cual se entendía producido el requerimiento judicial para constituir en mora al deudor. En criterio del árbitro Bonivento Jiménez, por tratarse de un arbitramento internacional, no se debió tomar como fecha de reconvención la de la solicitud de arbitraje, sino la fecha de interposición de la demanda como tal. De otra parte, frente a la tasa máxima permitida bajo las leyes de Colombia, precisó que la posición mayoritaria aplicó el artículo 884 del Código de Comercio, para definir que correspondía a la una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera; sin embargo, en su criterio, debió darse aplicación prevalente a lo dispuesto en la Resolución Externa n.º 52 de 1992,

proferida por la Junta Directiva del Banco de la República, que determina que la tasa de interés será del “*veinticinco por ciento (25%) la tasa anual efectiva que puede convenirse en operaciones en dólares de los Estados Unidos de América*”, por tratarse de condenas impuestas en moneda extranjera.

Por último, en lo que tiene que ver con la entrega de las garantías, el citado árbitro consideró que el consorcio convocante no estaba obligado a entregar la garantía de estabilidad, hasta tanto GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. suscribiera el acta o certificado de recepción y aceptación de la Central Gecelca 3, en los términos establecidos en el numeral 11.2.1. del capítulo I del volumen II del documento de solicitud de ofertas (F. 3212 a 3226 c. ppal.).

3. Recurso de anulación

Lo interpuso la sociedad convocada GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. -demandante en reconvención- para controvertir el laudo, con apoyo en las causales contempladas en los literales (b) y (d) del numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 “Estatuto Arbitral”² (F. 3236 a 3265 c. ppal.), así:

3.1. *GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no pudo hacer valer sus derechos*: las partes habilitaron al tribunal para dictar el laudo en un plazo no mayor a seis meses, contados a partir del día siguiente a la presentación de los escritos de conclusión, los cuales se cumplieron el 6 de diciembre de 2017, esto es, dos días después de que fuera notificado el laudo.

Adujo que, por expresa disposición del reglamento internacional, con el pronunciamiento del laudo final -a diferencia de los laudos parciales- terminan las actuaciones arbitrales, lo cual en el caso concreto ocurrió el 4 de diciembre de 2017.

A su turno, el reglamento prevé en el artículo 3.35 que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo a las partes, cualquiera de ellas podrá

²*Causales de Anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:*

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*

(...) *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.*

(...)”.

solicitar al tribunal que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar y/o que efectúe una interpretación o explicación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

A pesar de la previsión contenida en el párrafo 74 de la Orden de Procedimiento n.º 1, en el sentido de que “el tribunal arbitral hará sus mejores esfuerzos para dictar el laudo dentro de los 90 días siguientes a la fecha de presentación de los escritos de conclusión”, tal circunstancia no ocurrió. De haber proferido el laudo en el citado plazo de 90 días, el término restante habría sido suficiente para dar cabida a la decisión sobre solicitudes de corrección e interpretación del laudo y, eventualmente, la petición de un laudo adicional.

En todo caso, los árbitros estaban facultados para prorrogar el plazo y no lo hicieron, toda vez que el artículo 3.31(4) del reglamento internacional establece: “4. *El tribunal arbitral podrá de oficio y por una sola vez, prorrogar el plazo establecido en el número 3 anterior, mediante resolución fundada*”. Además, el artículo 3.35(6) *ibidem* preceptúa que el tribunal podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo para efectuar una corrección, dar una interpretación o dictar un laudo adicional. Sin embargo, los árbitros no hicieron uso de las referidas facultades, como tampoco cumplieron la previsión de expedir el laudo mucho antes de los seis meses siguientes a la fecha de los escritos de conclusión y, como consecuencia, las actuaciones arbitrales concluyeron inexorablemente el 4 de diciembre de 2017.

No sobra mencionar que el plazo de seis meses, establecido por las partes, resultaba ampliamente superior al fijado por el reglamento internacional (artículo 3.31), pues según este el citado término habría corrido desde la presentación de la demanda o, eventualmente, de la contestación de la demanda de reconvención.

Ante la evidente pérdida de competencia del tribunal arbitral por expiración del plazo, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no tuvo oportunidad de hacer valer sus derechos a través de las solicitudes de corrección, interpretación o adición del laudo. A modo simplemente ilustrativo, el panel arbitral omitió la decisión de algunas de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención, por lo que se hacía necesaria la expedición de un laudo adicional; no obstante, en el arbitraje internacional no existe la causal de anulación por laudo *infra* o *citra petita*.

3.2. *Haberse apartado del procedimiento acordado por las partes*: el tribunal se apartó del procedimiento previsto por las partes por dos razones específicas. La primera, al impedir que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. presentara un dictamen de contradicción en el trámite de la demanda de reconvención, a pesar de que se

había previsto expresamente esa posibilidad. La segunda, porque permitió que el consorcio convocante presentara un nuevo dictamen que denominó convenientemente de “corrección” en las audiencias realizadas en febrero de 2017, esto es, en las que serían precisamente interrogados los peritos, cuando lo cierto es que las partes convinieron que, luego de la etapa escrita, no podían ser allegadas pruebas adicionales.

Las partes acordaron que si alguna de ellas llegaba a presentar un dictamen pericial con su escrito de réplica (fuera GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y GECELCA S.A. E.S.P. en el trámite de la demanda principal o el consorcio en el de la reconvencción), la otra tendría derecho a que le fuera fijado un término para que pudiera controvertir esa experticia, con la entrega de otro dictamen. Esta circunstancia quedó expresamente establecida en el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1.

La presentación de ese otro dictamen de contradicción era fundamental, ya que con el mismo podía también ejercerse la oposición en la audiencia. Y esto era así porque las partes acordaron que el interrogatorio al perito se daría a partir de su propio dictamen, de conformidad con el párrafo 63 de la orden de procedimiento n.º 1. En otros términos, si una de las partes no presentaba el dictamen de contradicción, el perito no podría referirse en audiencia a las conclusiones que hubieren podido presentarse en ese dictamen, por lo que debía restringirse o limitarse a los dictámenes que hubieran sido presentados con la demanda, con la reconvencción o con el escrito de réplica.

De allí que el tribunal permitió al consorcio convocante allegar un nuevo dictamen adicional, lo que afectó la defensa y los derechos de la sociedad GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

En efecto, durante las audiencias de febrero de 2017, una vez agotada la etapa escrita del procedimiento, el consorcio de manera sorpresiva aportó un nuevo dictamen de la firma Compass Lexecon, el que fue denominado como “corrección de los daños al informe de indisponibilidad”.

La supuesta corrección puso de presente un verdadero cambio en el dictamen de la firma de expertos contratada por el consorcio para elaborar la experticia. De modo que la llamada corrección contenía un nuevo dictamen, ya que exponía una supuesta inexistencia de daños para GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y GECELCA S.A. E.S.P. por los mayores precios en bolsa durante el período que la central estuvo operando en el mercado de energía y que, en opinión de la mencionada firma,

condujo a que las convocadas obtuvieran beneficios y no perjuicios como fue alegado en el escrito de reconvencción.

De otra parte, la recurrente solicitó que se hiciera un estudio de las causales de anulación de oficio de que trata el numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, al considerar que es un deber del juez del recurso de anulación estudiar si el laudo adolece de alguna de las mencionadas causales, más aún si el Consejo de Estado ha puntualizado que no solicitar la interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina tiene la virtualidad de configurar la causal prevista en el literal b) del numeral 2 del artículo 108 ibídem, esto es, una violación al orden jurídico internacional.

En efecto, en el caso concreto, el tribunal debió solicitar la interpretación prejudicial porque el desarrollo de la infraestructura de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. es el necesario para cumplir con los compromisos internacionales en el marco de la Comunidad Andina de Naciones, tal como se indica en la Decisión 563 de Cartagena que contiene la codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino.

4. Trámite del recurso de anulación

Mediante escrito presentado el 11 de enero del 2018, la sociedad GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 4 de diciembre de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las controversias contractuales suscitadas entre China United Engineering Corporation y Donfang Turbine Co. Ltda. (EPC) y Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe S.A. E.S.P. (G) y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. (G3).

El expediente llegó a esta Corporación el 2 de febrero de 2018 (F. 3275 c. ppal.) y mediante escrito del 21 de febrero del mismo año, el Consejero de Estado Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer y decidir la controversia, con fundamento en la causal 9 del artículo 141 del Código General del Proceso, por existir amistad estrecha con una de las apoderadas judiciales de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

La Sala, en providencia del 19 de abril de la misma anualidad, declaró fundado el impedimento y ordenó remitir el expediente al despacho siguiente en turno para continuar el trámite correspondiente.

Posteriormente, mediante auto del 21 de agosto de 2018, se avocó el conocimiento del recurso extraordinario de anulación, se corrió el traslado común por el término de un mes para las oposiciones y alegaciones, y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público (F. 3284 a 3287 c. ppal.).

5. Oposición del consorcio convocante

Sostuvo que el recurso de anulación de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. carece de fundamento y desconoce la verdadera voluntad de las partes.

En relación con la primera causal de anulación invocada, adujo que fue la misma GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. la que voluntariamente no decidió presentar solicitud de corrección, interpretación o adición del laudo. Tan evidente fue lo anterior que, cuando el consorcio hizo uso del derecho a presentar solicitud de corrección del laudo, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del mismo, el tribunal dio trámite a la petición.

Entonces, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. nunca se encontró en el supuesto establecido en el literal b) del numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, puesto que la disposición está diseñada para evitar verdaderas desviaciones del procedimiento por parte de un tribunal arbitral, que sean de tal magnitud que hayan impedido a las partes hacer valer sus derechos y que, en consecuencia, resulten en una verdadera vulneración al debido proceso.

Como consecuencia, la causal de anulación objeto de análisis es únicamente aplicable cuando una parte se ha visto privada de la posibilidad de hacer valer sus derechos de defensa y al debido proceso, y no cuando esa parte, de manera voluntaria, decide abstenerse de formular las solicitudes que tenía a su disposición, de conformidad con el procedimiento aplicable.

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no puede alegar indefensión porque esta tiene origen en causas imputables a la propia parte que la alega, pues se abstuvo de presentar las solicitudes de corrección, interpretación o adición.

Además, el consorcio y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no acordaron cuál sería el trámite para las solicitudes de corrección, interpretación y/o adición del laudo, ni tampoco establecieron un término para presentar dichas solicitudes. El RAI de la Cámara de Comercio de Bogotá, sí regula en el artículo 3.35 lo relativo al trámite y decisión de esas peticiones. Como consecuencia, debió darse aplicación a lo estipulado en la mencionada norma del RAI, toda vez que en los párrafos 36 a 38

de la orden de procedimiento n.º 1 del tribunal, se determinó que al arbitramento le serían aplicables las normas a partir del siguiente orden de prelación: (i) lo que hubiera sido acordado por las partes; (ii) el RAI, en lo no acordado por las partes y (iii) las reglas IBA para la admisión, el decreto, el recaudo, la producción, la práctica, la valoración y, en general, cualquier aspecto relacionado con las pruebas, salvo en aquello en lo que las partes hubieran acordado reglas diferentes.

En el párrafo 74 de la orden de procedimiento n.º 1 solo se reguló el plazo dentro del cual el tribunal arbitral debía dictar el laudo, pero no se dijo nada en relación con el plazo, los términos, la procedencia o el procedimiento a seguir en relación con el trámite de las solicitudes de corrección, interpretación o de laudo adicional. Una adecuada hermenéutica del referido párrafo y del artículo 3.35 del RAI llevaba a la conclusión de que el plazo de los seis meses quedaba restringido única y exclusivamente a adoptar el laudo, por lo que quedaba vigente el plazo de 30 días para la presentación de las peticiones de corrección, interpretación o adición.

En tal virtud, la actuación arbitral terminaba cuando se resolvieran las solicitudes de corrección, interpretación y adición del laudo, en los términos establecidos por el artículo 105 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 3.34 del RAI de la Cámara de Comercio de Bogotá.

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., de forma errada, hizo referencia a la posibilidad que tenían los árbitros de ampliar, de oficio, el período original de 30 días para resolver las peticiones de corrección, interpretación o adición, dado que parte de una premisa equivocada, toda vez que esa potestad la tiene el panel arbitral siempre y cuando las partes previamente hubieran presentado las correspondientes solicitudes. De allí que los árbitros no podían ampliar el plazo de 30 días, cuando no tenían una petición proveniente de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. para decidir.

En relación con la segunda causal de anulación invocada por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., el consorcio consideró equivocada la hermenéutica propuesta, por las razones que se desarrollan a continuación:

De acuerdo con la Orden de Procedimiento n.º 1, las partes tenían dos oportunidades para presentar argumentos y pruebas, y rebatir los argumentos y las pruebas de la contraparte. En efecto, el párrafo 62 de la orden establecía: *“Cuando alguna Parte presente un dictamen preparado por un perito designado*

por esa Parte con el escrito de Dúplica, el Tribunal Arbitral fijará un término razonable para que la otra Parte pueda controvertir ese dictamen mediante la presentación de otro dictamen”.

En tal virtud, respecto de la demanda principal la parte convocante tenía el escrito de demanda y el escrito de réplica. Por su parte, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. contaba con la contestación de la demanda y el escrito de dúplica. Mientras que frente a la demanda de reconvención, las oportunidades del consorcio fueron la contestación y la dúplica, y las de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. fueron la demanda de reconvención y el escrito de réplica. En ambos casos el trámite se cerraba con los escritos de dúplica.

La correcta interpretación del párrafo 62 de la orden de procedimiento es aquella, según la cual, las partes tenían esa última oportunidad para poder rebatir los nuevos hechos y/o argumentos que la otra parte hubiera introducido al proceso a través de la presentación de un escrito de dúplica, bien en la demanda principal o en la de reconvención. Es decir, el objetivo era permitirle a la parte contra la que se adujo un dictamen pericial, controvertir dicha experticia por contener puntos sobre los cuales no tuvo ocasión u oportunidad de pronunciarse previamente, por lo que ese párrafo era aplicable tratándose de dictámenes periciales que, a pesar de haber sido aportados con el escrito de dúplica por una de las partes, se limitaran a reiterar puntos ya tratados en otras experticias.

Una interpretación en sentido contrario, como la que propone GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., según la cual el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1 aplica en cualquier caso en que alguna parte presente un dictamen pericial con el escrito de dúplica, implicaría, eso sí, una desviación del procedimiento por contener una oportunidad adicional no acordada por las partes para pronunciarse sobre puntos sobre los cuales se pudo referir en el pasado.

De allí que la consecuencia prevista en el párrafo 62 de la Orden de Procedimiento n.º 1 solo se aplicaba cuando con el escrito de dúplica se presentaba un dictamen pericial con puntos nuevos, y cuyo contenido no había podido ser debatido, ni controvertido con anterioridad.

En tal virtud, los dictámenes de FTI IV y Compass Lexecon II no contenían información o análisis nuevos respecto de los cuales GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no hubiera tenido ya la oportunidad de pronunciarse en el trámite arbitral.

Cuando el consorcio solicitó el término a que se refiere el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1, lo hizo porque adujo puntos nuevos contenidos en el dictamen de GPS III allegado con la dúplica de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. Uno de los estudios nuevos que contenía esa experticia, era el “análisis de ventanas”, mediante el cual, por primera vez, se efectuó un examen del atraso del cronograma y se determinaron las supuestas causas de retraso de la ruta crítica del proyecto. En tal virtud, la única oportunidad que tenía el consorcio convocante para contradecir los puntos adicionales contenidos en ese medio de prueba era la establecida en el párrafo 62.

Cuando el consorcio solicitó la aplicación del párrafo 62 de la pluricitada orden de procedimiento, argumentó de forma consistente que el dictamen de GPS III contenía puntos que no habían sido expuestos previamente en el trámite arbitral, y que, por esa específica razón, era procedente otorgar la posibilidad de controvertir esos aspectos.

El documento en que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. fundamenta su recurso de anulación, esto es, la corrección del dictamen de Compass Lexecon del 14 de febrero de 2017, es una prueba que no fue admitida por el Tribunal Arbitral y que nunca hizo parte del expediente. La única corrección admitida por el tribunal fue la corrección de Compass Lexecon del 21 de febrero de 2017, que es un documento de dos páginas, que no se menciona en el recurso de anulación.

No obstante, aun si el Tribunal Arbitral hubiera permitido a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. aportar el dictamen adicional de Compass Lexecon del 14 de febrero de 2017, este no hubiera tenido incidencia en el sentido del laudo.

Frente a las causales de anulación de oficio, el consorcio manifestó, en primer término, que el laudo no versó sobre cuestiones o materias indisponibles o no arbitrables. Además, adujo que la ausencia de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no constituye causal de anulación, en los términos establecidos por el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012; sin embargo, de aceptarse que la falta de agotamiento de ese trámite era obligatorio, agregó que el mencionado tribunal ha considerado que la interpretación prejudicial es necesaria cuando una de las partes en el proceso invocó una norma andina; cuando una parte o ambas controvierten una interpretación de una disposición andina o cuando el juez nacional que va a resolver la causa tenga necesariamente que aplicar una norma andina para fallar la controversia.

El consorcio afirmó que, tanto GECELCA S.A. E.S.P. como GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., a lo largo del trámite arbitral, nunca invocaron la aplicación o la interpretación de un precepto andino, motivo por el cual no era necesario agotar el trámite de interpretación prejudicial. Aunado a lo anterior, para resolver la controversia no era necesaria la aplicación de las Decisiones 757 y 563 del Acuerdo de Cartagena, toda vez que la primera está circunscrita al intercambio intracomunitario de energía eléctrica entre Ecuador y Colombia y entre Ecuador y Perú, mientras que la segunda regula aspectos como las medidas correctivas aplicadas a importaciones de ciertos productos provenientes de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, las conductas en detrimento del arancel externo común y las restricciones al comercio intrasubregional.

El consorcio sostuvo que la ausencia de interpretación prejudicial en un trámite arbitral internacional comercial no puede entenderse como una vulneración al orden público internacional de Colombia.

Finalmente, la apoderada judicial del Consorcio CUC-DTC y de las sociedades China United Engineering Corporation y Dongan Turbine Co. Ltda. afirmó que en la notificación del auto que avocó el conocimiento del recurso de anulación formulado por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. se presentaron tres irregularidades, a saber: i) la notificación de la providencia no se hizo de forma personal, en los términos 198 a 200 del CPACA y 291 a 293 del CGP; ii) el estado del 24 de agosto de 2018 notificó una providencia del 21 del mismo mes y año, situación que evidencia una contravención a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 201 del CPACA, según el cual el estado por medio del cual se notifica una providencia debe ser el del día siguiente a aquel en que la decisión fue proferida y iii) el estado del 24 de agosto de 2018 no fue firmado por la Secretaria de la Sección Tercera de la Corporación (F. 3290 a 3317 c. ppal.).

6. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El 18 de septiembre de 2018, se notificó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado “ANDJE” de la actuación de la referencia (F. 3289 c. ppal.). Mediante escrito del 3 de diciembre de 2018, la ANDJE puntualizó que presentaba memorial de “*coadyuvancia del recurso extraordinario de anulación*” en los términos que se desarrollan a continuación (F. 3370 a 3524 c. ppal.):

El trámite arbitral se condujo bajo el sometimiento de normas sobre arbitraje internacional comercial, a pesar de que se trataba de uno de carácter nacional,

porque la normativa aplicable al pacto arbitral no era la Ley 1563 de 2012, sino la Ley 315 de 1996 y porque el consorcio tenía domicilio en Colombia.

El pacto arbitral es un negocio jurídico al que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por lo que se aplican las normas vigentes al momento de su celebración. Así las cosas, los criterios para determinar la naturaleza del arbitraje eran los contenidos en el artículo 1º de la Ley 315 de 1996, que determinaba que sería internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado expresamente y siempre que se cumpliera cualquiera de los siguientes eventos: (i) que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tuvieran domicilio en Estados diferentes, (ii) que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encontrara situado fuera del Estado en el cual las partes tenían su domicilio principal y (iii) cuando el lugar del arbitraje se encontrara fuera del Estado en que las partes tenían sus domicilios, siempre que se hubiera acordado esa circunstancia en el pacto arbitral.

Como consecuencia, el laudo parcial proferido por el Tribunal Arbitral resultó claramente contrario al ordenamiento jurídico que regulaba la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje, además se desconoció el parámetro de aplicación temporal de la Ley 1563 de 2012, establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-170 de 2014, en la cual se declaró improcedente cualquier tipo de retroactividad de esa regulación.

Aun si se aceptara que el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 resultaba aplicable para la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje, no se cumplió con el requisito exigido por esa norma, por cuanto, de conformidad con los artículos 469 y 474 del Código de Comercio toda sociedad extranjera que tenga como propósito la de intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios debe constituir una sucursal con domicilio en Colombia, en tanto su actividad comercial se reputa como permanente.

GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no tuvo oportunidad de pedir que el laudo fuera adicionado, aclarado o modificado, toda vez que fue proferido sobre el límite expresamente fijado por las partes para el efecto.

El Tribunal Arbitral no vinculó al Ministerio Público ni a esa agencia, garantes del interés general y del patrimonio público, por lo que se vulneró o trasgredió el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 “C.G.P.”, que establece expresamente que el auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra entidades

públicas o personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado deberá notificarse personalmente al Ministerio Público y a la ANDJE.

El laudo proferido contraviene el orden público internacional de Colombia y, por tanto, es procedente su anulación, a partir de la causal oficiosa contenida en el literal b) del numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

El Consejo de Estado ha definido el orden público internacional de Colombia como aquellas nociones jurídicas representativas de los principios básicos que fundamentan el Estado colombiano y que subyacen a la práctica jurídica nacional. De allí que la citada noción comprende el conjunto de valores, normas y reglas esenciales del ordenamiento jurídico que no pueden ser desconocidas por disposiciones internacionales o laudos internacionales.

Las normas que regulan la forma y la oportunidad de las prórrogas de los contratos estatales integran el orden jurídico internacional de Colombia, más aún si el Consejo de Estado ha sostenido que la suscripción de actas por las partes de un contrato estatal no constituye prueba de la modificación del plazo de ejecución del mismo. Como consecuencia, las partes debieron suscribir un contrato adicional o un otrosí para la ampliación o prórroga del plazo de ejecución contractual.

El Contrato RP3 terminaba por expiración del plazo como lo establecía la cláusula 25. Por ende, el tribunal erró al concluir que aquel finalizaba cuando se hubieren cumplido todas las obligaciones por parte del contratista. Así las cosas, el tribunal vulneró el orden público internacional de Colombia porque entendió que el contrato estatal se había prorrogado tácitamente, a partir de la suscripción de las actas de liquidación 2 a 8, más aún si la etapa de liquidación del contrato no está prevista para acordar o convenir prórrogas del contrato.

7. Trámite de la intervención de la ANDJE

Mediante auto del 11 de febrero de 2019, la Ponente reconoció a la ANDJE como interviniente coadyuvante de las sociedades GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. (F. 3534 y 3535 c. ppal.).

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del consorcio convocante la repuso y solicitó su modificación. Sostuvo que solo podía tenerse a la ANDJE como coadyuvante de GECELCA 3 S.A.S. S.A., puesto que GECELCA S.A.

E.S.P. no interpuso recurso de anulación. En tal virtud, se profirió la providencia del 2 de abril del año en curso, a través de la cual se repuso el ordinal 1º del auto recurrido para precisar que la intervención de coadyuvancia de la ANDJE solo recaía respecto de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., por ser la única sociedad que presentó el recurso de anulación. Además, se negó la petición de aclaración formulada, toda vez que se defirió a esta sentencia la decisión sobre el alcance del memorial presentado por la agencia estatal.

Finalmente, se corrió traslado a las partes de esta actuación para que se pronunciaran sobre el memorial de intervención de la ANDJE (F. 3564 a 3566 c. ppal.).

8. Oposición del consorcio convocante al escrito de coadyuvancia de la ANDJE

El consorcio convocante sostuvo, en primer término, que el memorial de la ANDJE contiene varias manifestaciones erradas, equívocas y carentes de sustento. Indicó que no es cierto que GECELCA S.A. E.S.P. se hubiera negado a extender el plazo de ejecución del Contrato RP3, pues uno de los argumentos principales del consorcio a lo largo del trámite arbitral fue precisamente que en las actas 2 a 8, las partes acordaron ampliar el plazo del negocio jurídico hasta el 17 de marzo de 2016.

Señaló que resulta inadmisibles las afirmaciones según las cuales, el tribunal “impidió” a las demandadas presentar un dictamen de contradicción. La orden de procedimiento n.º 1 se cumplió con estricto apego a lo pactado y establecido por las partes. En efecto, el dictamen que presentó el consorcio con su escrito de dúplica no contenía puntos nuevos, ni cuestiones sobre las cuales GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no hubieran tenido la oportunidad de pronunciarse previamente, de modo que se trató de un dictamen de contradicción a los puntos que había incluido GECELCA S.A. E.S.P. en el dictamen aportado con su memorial de dúplica. Como consecuencia, el tribunal tuvo razón al negarle a GECELCA S.A. E.S.P. aportar un nuevo dictamen, por fuera de las oportunidades previamente establecidas por las partes.

El consorcio manifestó que, a diferencia de lo sostenido por la ANDJE, el laudo parcial explicó de manera pormenorizada las razones por las cuales, aun de aplicarse la Ley 315 de 1996, el arbitraje era internacional.

Además, señaló que el concepto de orden público no incluye ninguno de los conceptos alegados o invocados por la ANDJE. La Corte Suprema de Justicia ha precisado que esa noción se circunscribe a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, como, por ejemplo, la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del laudo arbitral y el respeto del debido proceso. En otras palabras, no cualquier disconformidad entre el laudo arbitral y una norma de orden público nacional tiene la potencialidad de fundamentar la anulación de un laudo internacional. El recurso de anulación solo procede cuando el laudo trasgrede principios jurídicos verdaderamente fundamentales e inherentes al ordenamiento jurídico colombiano, esto es, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, cuando se vulneran los pilares fundamentales que soportan el derecho colombiano.

Agregó que, de acuerdo con las Leyes 1563 de 2012 y 153 de 1887, la ley aplicable para determinar la naturaleza del arbitraje era la vigente al momento de dar inicio al procedimiento arbitral con la solicitud de convocatoria. Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia avaló esta conclusión en sentencia del 15 de enero de 2019, exp. 2016-03020-00.

El consorcio reiteró que no se trasgredió el precedente constitucional contenido en la sentencia C-170 de 2014, por las razones previamente explicadas y que fueron abordadas por el Tribunal Arbitral en el laudo parcial.

Puntualizó que la ANDJE, bajo la causal de anulación contenida en el literal b) numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, adicionó un nuevo argumento que no fue invocado por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. en el recurso interpuesto, lo que significa que se trasgredió el límite de la coadyuvancia, en los términos del artículo 71 de la Ley 1564 de 2012 "C.G.P". La agencia sostuvo que el Tribunal Arbitral no la vinculó formalmente al proceso, así como tampoco al Ministerio Público, motivo por el cual era procedente la anulación del laudo con fundamento en la citada causal, y en la de oficio de que trata el literal b) del numeral 2 ibídem; no obstante, este argumento no podía ser incluido o propuesto por la ANDJE porque, se insiste, desbordó el parámetro y los límites de su condición de coadyuvante.

Ahora bien, en su criterio, la circunstancia de que no se hubiera vinculado al Ministerio Público y a la ANDJE en el procedimiento arbitral, no tiene la virtualidad o potencialidad de generar la nulidad del laudo por las siguientes razones: i) el procedimiento aplicable al trámite arbitral no preveía la vinculación de esas entidades públicas; ii) la Agencia conoció la existencia del proceso, pero no

solicitó su intervención, así como tampoco la notificación al Ministerio Público. GECELCA S.A. E.S.P. remitió y reportó información del proceso a la ANDJE y, sin embargo, esta se abstuvo de intervenir en el trámite arbitral y iii) la no vinculación de la ADNJE y del Ministerio Público no impidió a las demandadas hacer valer sus derechos.

Adujo que el laudo definitivo no trasgredió el orden público internacional de Colombia porque, en primer lugar, la decisión sobre la competencia fue adoptada mediante el laudo parcial y en contra de este no se interpuso recurso de anulación, por lo que no puede ahora la ANDJE cuestionar ese específico punto. En segundo término, porque el laudo se profirió de conformidad con la ley y la jurisprudencia colombiana, con apego a los parámetros contenidos en la Ley 1563 de 2012, que era la norma aplicable para determinar la naturaleza de la controversia. Y, finalmente, porque procesal y probatoriamente se garantizó el debido proceso de las partes (F. 3569 a 3615 c. ppal.).

9. Pronunciamiento de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. respecto del memorial de coadyuvancia de la ANDJE

La sociedad convocada GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., por intermedio de su apoderado judicial, afirmó que en el presente caso se encuentran acreditadas, además de las causales invocadas en el recurso de anulación, las de naturaleza oficiosa cuyo estudio corresponde a esta Corporación, y sobre las cuales ya se pronunció la ANDJE.

Hizo énfasis en que el Tribunal Arbitral no vinculó a la ANDJE y tampoco al Ministerio Público, entidades garantes del interés general y del patrimonio público.

Además, insistió en la circunstancia según la cual, en su criterio, el tribunal decretó una prueba a favor del consorcio sin que existiera fundamento para ello, lo que evidenció un trato desigual hacia GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Por último, precisó que las normas que regulan la contratación pública hacen parte de la noción de orden público internacional de Colombia, motivo por el cual el tribunal no pudo dar por acreditada una ampliación del plazo del contrato, sin la verificación de las solemnidades exigidas por el ordenamiento jurídico (F. 3685 a 3693 c. ppal.).

10. Posición del Ministerio Público en el trámite arbitral

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, mediante oficio n.º 00379 del 12 de marzo de 2019, intervino para precisar que el Ministerio Público nunca fue notificado o informado de la existencia del proceso arbitral. De igual forma, para acompañar una comunicación dirigida al director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la que se hizo un llamado de atención para que, en adelante, se notifiquen a esa entidad todos los procesos arbitrales comerciales internacionales y no solo los nacionales, en los que haga parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

En el memorial allegado al expediente, el citado agente del Ministerio Público hizo las siguientes salvedades:

El suscrito Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, tiene dentro de sus funciones, entre otras actividades, la de coordinar la intervención de los Procuradores Judiciales I y II ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, particularmente, la que se realiza ante Jueces y Tribunales Administrativos, así como aquella referida a la intervención ante la Justicia Arbitral, cuando una de las partes es una entidad pública o un particular que cumple funciones administrativas.

Por información extrajudicial, esta Procuraduría Delegada conoció el trámite arbitral adelantado por el consorcio CUC-DTC (...) contra la Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe-Gecelca S.A. E.S.P. y Gecelca 3 S.A.S. E.S.P., pues de su inicio, desarrollo o finalización nunca fuimos informados por el Tribunal Arbitral, lo que, evidentemente, hizo nugatoria no solo la posibilidad prevista en el numeral 4 del artículo 109 de la Ley 1563 de 2012, en el que se prevé la posibilidad de interponer el recurso de anulación contra laudos de arbitraje internacional por parte del Ministerio Público, sino la de intervenir en el referido trámite en defensa del patrimonio público, del orden jurídico y de los derechos y garantías de rango constitucional.

Debido a lo anterior, esta Procuraduría Delegada remitió una comunicación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en la que se pone de presente la anterior circunstancia y se requiere para que, en un futuro, en la totalidad de procesos arbitrales comerciales internacionales en los que haga parte una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, sea remitida la correspondiente notificación al Ministerio Público, pues, lo contrario, supondría una violación al debido proceso.

En estos términos, de manera atenta, remito la comunicación mencionada en inmediata precedencia, en 4 folios, para los fines que resulten pertinentes (F. 3558 y 3559 c. ppal.).

11. Sentencia T-354 de 2019

Mediante memorial que obra a folios 3707 y 3708, el apoderado judicial de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., allegó al proceso copia de la sentencia T-354 de 2019, proferida por la Corte Constitucional, en la que se denegó la acción de tutela

interpuesta por la sociedad en contra del laudo arbitral internacional del 4 de diciembre de 2017.

La Corte Constitucional denegó el amparo solicitado porque la peticionaria no *“acreditó el cumplimiento del requisito general de subsidiariedad, cuyo examen es más riguroso ante decisiones arbitrales, máxime si estas ostentan un carácter internacional”*.

III. CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso

El recurso de anulación reúne los requisitos de oportunidad y de forma consagrados en el artículo 109 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que fue presentado y sustentado el 11 de enero de 2018 ante esta Sección (F. 3236 a 3265 c. ppal.), con indicación de las causales invocadas y dentro del plazo establecido por el numeral 1 de la citada disposición.

El laudo arbitral se profirió y notificó el 4 de diciembre de 2017, de allí que las partes tuvieran un mes a partir de esa fecha para presentar el recurso de anulación, de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 109 ibídem.

En tal virtud, las partes contaban, en principio, hasta el 4 de enero de 2018 para interponer el referido medio de impugnación; no obstante, dado que el plazo venció dentro del período de vacancia judicial³, aquel se amplió hasta el día hábil siguiente, esto es, el 11 de enero de 2018, por lo que su presentación fue oportuna, de acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 118 de la Ley 1564 de 2012 “CGP”, que determina: *“Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente”*.

³ El artículo 1º de la Ley 31 de 1971 establece: *“Para todos los efectos legales, los días de vacancia judicial son los siguientes:*

a) *Los días domingos y festivos, cívicos o religiosos, que determina la ley y los de la Semana Santa.*

b) *Los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero siguiente, inclusive, lapso en el cual los funcionarios y empleados de la rama civil, contencioso administrativo, laboral y los de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Superior de Aduanas y Salas Penales de los Tribunales de Distrito, así como los respectivos agentes del ministerio público que corresponden a tales despachos, disfrutarán colectivamente de la prestación social de vacaciones anuales”*.

2. Régimen legal aplicable

La Ley 1563 del 12 julio de 2012⁴ es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto⁵, por manera que el medio de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento.

Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su jurisprudencia, a través de la cual señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998 y de la Ley 315 de 1996, continuarían rigiéndose por estas últimas normativas y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563⁶.

3. Jurisdicción y competencia

El inciso tercero del artículo 68 de la Ley 1563 de 2012 preceptúa: *“Cuando se trate de anulación de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede en Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del recurso de anulación previsto en el artículo 108 corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”*.

Además, el artículo 149.7 de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” prevé que el Consejo de Estado, por medio de sus Secciones, Subsecciones o Salas Especiales, conocerá

⁴ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé en relación con la vigencia del Estatuto Arbitral: *“Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”*.

⁵ La solicitud de arbitramento comercial internacional se presentó el 29 de diciembre de 2014 (F. 1 a 9 c. 1), ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. De otro lado, la demanda arbitral se radicó el 30 de noviembre de 2015 (F. 3 c. 2).

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de la norma que rige la materia⁷.

Como consecuencia, la jurisdicción y la competencia para decidir el recurso de anulación interpuesto por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., en contra del laudo arbitral comercial internacional, proferido el 4 de diciembre de 2017, corresponde a esta Sección en su Sala Plena, por cuanto las sociedades convocadas son empresas de servicios públicos de naturaleza mixta, en los términos establecidos en el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994⁸, dado que su capital social es mayoritariamente estatal.

En efecto, GECELCA S.A. E.S.P., de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, tiene por objeto social la prestación de los servicios de generación y comercialización de energía y combustibles. La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es titular del 99,99960% de sus acciones⁹.

Por su parte, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. también es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, que se encuentra controlada por GECELCA S.A. E.S.P., ya que esta es propietaria del 86% de su capital social. La condición de sociedad controlada se registró en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 7 de diciembre de 2009 (F. 28 c. 1).

4. Régimen jurídico y normativa aplicable al recurso de anulación interpuesto por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

En primer término, la Sala determinará cuál es la normativa aplicable para el trámite y decisión del recurso de anulación interpuesto por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., en contra del laudo arbitral comercial internacional proferido el 4 de diciembre de 2017. Lo anterior, ya que es preciso establecer el ordenamiento procesal que rige el citado medio de impugnación.

⁷ Toda vez que el proceso arbitral se inició en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional -Ley 1563 de 2012-, el procedimiento aplicable al presente asunto es el consagrado en la referida normativa.

⁸ *“Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”.* La Corte Constitucional, mediante sentencia C-737 de 2007, declaró exequible esta disposición, en cuanto se refiere al porcentaje de participación de capital establecido.

⁹ F. 25 a 46 c. 1.

El artículo 119 de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012 definió la aplicación temporal del Estatuto Arbitral, en los siguientes términos: *“Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”*.

De modo que la Ley 1563 de 2012 es aplicable a todo proceso arbitral que se haya promovido con posterioridad al 12 de octubre de 2012, incluido el recurso de anulación presentado por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. contra el laudo arbitral internacional proferido el 4 de diciembre de 2017. Esto no impide que en su momento, si es del caso, se analice la normativa aplicable al pacto arbitral suscrito entre el consorcio convocante y la sociedad convocada.

En el *sub lite*, como ya se indicó previamente, la solicitud de arbitramento comercial internacional se presentó el 29 de diciembre de 2014 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y la demanda arbitral se radicó el 30 de noviembre de 2015.

En tal virtud, las normas procesales aplicables para resolver el recurso extraordinario de anulación son las contenidas en la Ley 1563 de 2012, esto es, el Estatuto Arbitral.

5. El recurso de anulación de laudos arbitrales internacionales

A través de la Ley 1563 de 2012, el Congreso de la República expidió el Estatuto Arbitral colombiano. Esta normativa reguló no solo el arbitramento nacional, también el internacional, en aras de establecer unas disposiciones que permitieran contar con un ordenamiento moderno e integral en materia de arbitraje, máxime si las pocas normas que regulaban el arbitramento internacional estaban dispersas y, en la práctica, eran obsoletas.

El arbitraje internacional es un género que comprende dos especies, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión internacional.

Según la nota explicativa de la ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), el arbitraje será internacional si las partes del acuerdo arbitral tienen, al momento de la celebración del mismo, sus establecimientos en Estados diferentes. Además, es internacional el arbitraje si el lugar de desarrollo del procedimiento, el lugar de

cumplimiento del contrato o el sitio del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios o establecimientos¹⁰.

En lo que se refiere a la naturaleza de comercial, la ley modelo, al igual que el Estatuto Arbitral colombiano parten de "*una interpretación amplia para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial y contractuales*"¹¹.

Por el contrario, el arbitraje internacional de inversión es el que se desprende de tratados bilaterales de inversión (TBI) o de tratados de libre comercio con capítulos de libre inversión (TLC-CLI), en los que el Estado otorga o concede a los inversionistas extranjeros ciertas garantías para promover la inyección de capitales. Uno de esos beneficios es la posibilidad de establecer el arbitraje internacional como el mecanismo de solución de controversias surgidas entre los inversionistas extranjeros y el Estado que recibe la inversión.

El arbitraje de inversión se materializa a través de distintos medios: i) un acuerdo directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero; ii) una oferta de arbitraje formulada o iii) un tratado internacional¹².

En el caso concreto, los árbitros concluyeron que el arbitramento pactado por las partes era comercial internacional, motivo por el cual la Sala concentrará su análisis en este tipo de arbitraje¹³:

Dada la creciente expansión del comercio internacional se ha intentado establecer fórmulas de regulación jurídica sobre las vicisitudes que pueden originarse en dichos intercambios económicos. Luego de una incipiente presencia de algunos tratados internacionales con repercusiones casi globales o regionales, actualmente se ha asistido a una verdadera explosión de regulaciones jurídicas informales sobre el comercio internacional.

Se trata de un resurgimiento de la llamada lex mercatoria o, lo que es lo mismo, un conjunto de prácticas o hábitos con relevancia jurídica aceptados en el ámbito mercantil internacional sin que medie allí regulación del

¹⁰ <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>

¹¹ La ley modelo establece, de manera simplemente enunciativa, las siguientes actividades como comerciales: "*Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ('factoring'), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ('leasing'), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera*".

¹² Cf. ZULETA Jaramillo, Eduardo "Arbitraje de Inversión en Colombia", en: AAVV "Estatuto Arbitral Colombiano", Ed. Legis, Bogotá, 2013, Pág. 575. A su vez, el autor cita a: DOLZER, RUDOLF & SHREUER, Christoph "Principles of International Investment Law", Ed. Oxford University Press, 2008, Pág. 238.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52.556, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Estado¹⁴⁻¹⁵. Ejemplo de ello, entre otros, son los Incoterms establecidos por la Cámara de Comercio Internacional¹⁶, los principios y trabajos particulares de Unidroit¹⁷, Uncitral¹⁸ (Cnudmi, en español) o por parte de otras organizaciones académicas que han llevado a elaborar trabajos como el conjunto de principios europeos de los contratos.

El 21 de junio de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁹ aprobó la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional²⁰. La Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012, sobre arbitraje internacional, acogió los lineamientos formulados por la CNUDMI.

En ambos cuerpos normativos se indica que la anulación es el único recurso judicial que existe en contra de un laudo arbitral internacional, y que solo procede por estrictas y específicas causales, unas a petición de parte -siempre que se pruebe su configuración-, mientras que otras pueden ser declaradas de oficio por el mismo tribunal o por la autoridad judicial encargada de resolver el recurso²¹.

La ley modelo establece que la nulidad del laudo arbitral solo procederá (1) a petición de parte, siempre que se pruebe que: (i) una de las partes del acuerdo de

¹⁴ Cita del original. "El derecho comercial transnacional se concibe como un derecho que no es particular o el producto de un sistema jurídico, sino representa una convergencia de las normas procedentes de varios sistemas jurídicos o incluso (...) un conjunto de reglas que son enteramente anacionales y que tienen su fuerza en virtud de la costumbre internacional y de su observancia por la comunidad mercantil. En otras palabras, son reglas, no sólo las acciones o eventos, que cruzan las fronteras nacionales." GOODE, Roy. Usage and its Reception in Transnational Commercial Law, En: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 1 (enero de 1997), p. 1-36.

¹⁵ Cita del original. "Se pueden distinguir tres etapas. La primera etapa se refiere a una antigua lex mercatoria en la Edad Media, un conjunto transnacional de normas y principios procesales establecidos por y para el comercio en la (relativa) autonomía de los Estados. La segunda etapa describe el renacimiento de la idea como una "nueva lex mercatoria" en el siglo 20, una red informal y flexible de reglas y árbitros que establecen un derecho comercial internacional privado. Por último, una tercera etapa se ha descrito como una "nueva nueva lex mercatoria", que se mueve de un derecho blando amorfo y flexible a un sistema establecido de derecho con normas legales codificadas (en primer lugar los Principios de Unidroit sobre Derecho Mercantil Internacional) y un fuerte órgano judicial institucionalizado como el arbitraje internacional." MICHAELS, Ralf. The ture lex mercatoria: Law beyond the State. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vo. 14, No. 2, 2007 (summer), p. 448.

¹⁶ Cita del original. Se trata de términos internacionales de comercio que determinan el alcance de algunas cláusulas de contratos internacionales de compraventa. Han tenido constante actualización desde 1936. Estos términos se expresan tres letras cada uno. Algunos ejemplos son: FOB (free on board), CFR (Cost and freight), CIF (Cost, insurance and freight), entre muchos otros.

¹⁷ Cita del original. Cfr. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Unidroit. Principios Unidroit. Roma. Sobre los contratos comerciales internacionales. 2º edición, 2004. Versión revisada el 13 de abril de 2015 en el siguiente enlace web: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

¹⁸ Cita del original. Esta comisión, que hace parte del Sistema de Naciones Unidas cumple su labor principalmente con la elaboración de proyectos de regulación jurídica sobre la materia, las cuales se denominan "Ley Modelo". La Comisión ha dictado leyes modelo en los siguientes temas: Sobre arbitraje internacional, conciliación comercial internacional, comercio electrónico, insolvencia transfronteriza y contratación pública.

¹⁹ UNCITRAL por sus siglas en inglés.

²⁰ Existen otros instrumentos internacionales que regulan el arbitraje comercial internacional, así como la eficacia extraterritorial de las decisiones arbitrales, tales como: la Convención de Nueva York (1958), la Convención de Panamá (1975) y la Convención de Montevideo (1979), todas suscritas y ratificadas por Colombia.

²¹ Ver artículo 34 ley modelo y artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

arbitraje estaba afectada por una incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de ese Estado; (ii) la parte no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no pudo, por cualquier razón, hacer valer sus derechos; (iii) el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo; (iv) 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 alguna disposición de la ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la ley, o (2) de oficio, cuando el tribunal o la autoridad judicial comprueben: (i) que según la ley del Estado en el que se adelanta el procedimiento arbitral, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje o (ii) que el laudo es contrario al orden público internacional de ese Estado.

El artículo 107 del Estatuto Arbitral preceptúa que el recurso de anulación es el único medio de impugnación, en sede judicial, contra un laudo arbitral internacional. Además, restringe su ámbito de aplicación a las causales establecidas de forma taxativa por el artículo 108 *ibídem*, de modo que las mismas constituyen un *numerus clausus* para procurar la invalidez de la decisión arbitral.

La Sala precisa que no solo es susceptible de ser recurrido en anulación el laudo final, también los laudos parciales que sean proferidos a lo largo del procedimiento, siempre y cuando en estos se definan aspectos que puedan ser cuestionados a partir de las causales establecidas en el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

En materia arbitral comercial internacional, la doctrina y la ley han admitido la existencia de distintos tipos de laudo. En efecto, algunos ordenamientos reconocen la siguiente clasificación: i) laudo de competencia; ii) laudo incidental; iii) laudo parcial -que resuelve de manera preliminar alguna controversia entre las partes-; iv) laudo final; v) laudo de rebeldía y vi) laudo consentido²².

El Estatuto Arbitral colombiano permite que sean las partes las que definan las reglas de procedimiento y, por lo tanto, los tipos de laudos que se pueden proferir a lo largo del trámite arbitral.

²² Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco "Arbitraje", Ed. Porrúa, México, 2011, Pág. 706 a 709.

En el caso concreto, las partes convinieron que, en lo no acordado expresamente por ellas, las reglas de procedimiento serían las del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El mencionado reglamento establece en el artículo 3.16 que el tribunal arbitral podrá resolver las excepciones de incompetencia y de exceso del mandato mediante laudo interlocutorio o en el laudo final²³.

Como consecuencia, en el procedimiento arbitral adoptado por las partes se establecía la posibilidad de que el tribunal arbitral profiriera un laudo parcial o interlocutorio, motivo por el cual esa decisión, al igual que el laudo final era pasible del recurso extraordinario de anulación, por las causales establecidas en el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

Ahora bien, el hecho de que las partes no hayan impugnado judicialmente el laudo parcial no constituye óbice para el ejercicio del recurso de anulación en contra del laudo final, más aún si los árbitros incorporaron el primero en el cuerpo del segundo, es decir, en el laudo final reiteraron la decisión adoptada sobre la naturaleza internacional del arbitraje convocado, la competencia del panel para dirimir las controversias suscitadas entre las partes, y las reglas y el procedimiento aplicable al trámite arbitral.

Al igual que ocurre con el recurso de anulación de laudos nacionales, la Ley 1563 de 2012 restringe el recurso de anulación a errores *in procedendo* o violaciones al debido proceso. En efecto, el artículo 107 preceptúa que 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.

Entonces, el análisis de la autoridad judicial en sede del recurso extraordinario de anulación queda circunscrito al ámbito expresamente definido por las causales de anulación establecidas en el artículo 108 del mismo ordenamiento. Esta disposición determina que el laudo arbitral internacional podrá ser anulado a petición de parte o de oficio:

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

a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a

²³ “La mayoría de leyes y reglamentos de arbitraje muestran una variedad de diferentes tipos de laudos que incluyen laudo final, laudo parcial, laudo interlocutorio, laudo consentido y laudo en rebeldía” (traducción libre). BORN, Gary “International Commercial Arbitration”, Ed. Wolters Kluwer, second edition, 2014, Vol. III, Pág. 3012.

que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o

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:

a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,

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

En relación con los efectos de la eventual anulación del laudo, el artículo 110 *ibídem* establece que si la invalidez de la decisión se genera por la causal del literal a) del numeral 1 del artículo 108 las partes podrán acudir ante la autoridad competente para resolver la controversia. *A contrario sensu*, si el laudo se anula en virtud de las causales b), c) y d) del mismo numeral, la decisión judicial no afectará el acuerdo de arbitraje o pacto arbitral. Finalmente, si prospera alguna de las causales del numeral 2 de la misma disposición, la autoridad judicial solo podrá declarar la nulidad del laudo, sin que pueda proferirse decisión de remplazo.

6. El recurso extraordinario de anulación de laudos internacionales: naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias²⁴, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

²⁴ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede atacarse el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando*, es decir, para examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso. El objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra²⁵.

En tal virtud, *prima facie*, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación²⁶, salvo que se trate de las dos causales de anulación establecidas en los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, en cuyo caso el análisis de la autoridad judicial es oficioso y, por tanto, el estudio de configuración de la causal se hace con independencia de los argumentos y derroteros planteados en el recurso de anulación.

iv) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “*tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*”²⁷.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

v) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley -artículo 108 de la Ley 1563 de 2012-.

vi) El recurso de anulación es el único recurso o medio de impugnación judicial que procede contra el laudo comercial internacional. El artículo 107 del Estatuto Arbitral, al igual que lo hace la ley modelo de 1985 de la CNUDMI, establece que contra el laudo solo procede la anulación. De allí que pueda afirmarse sin ambages que no procede el recurso extraordinario de revisión, a diferencia de lo que ocurre con laudos arbitrales nacionales.

vii) El mismo artículo 107 permite excluir la procedencia del recurso de anulación o circunscribirlo a determinadas causales, siempre y cuando ninguna de las partes del acuerdo arbitral tenga su domicilio o residencia en Colombia. De modo que, tratándose de entidades públicas o de personas privadas en ejercicio de funciones públicas, no es posible que se restrinja la procedencia del recurso de anulación, así como tampoco limitar las causales de procedencia del mismo, por cuanto las entidades públicas colombianas tienen su domicilio en el territorio nacional, al igual que los particulares que ejerzan funciones propias del Estado.

viii) Las causales de anulación de laudos internacionales están asociadas a cuatro tipos de vicios que afectan la validez del laudo: i) problemas con el consentimiento; ii) desconocimiento de las garantías procesales y respeto al debido proceso; iii) inarbitrabilidad de la controversia y iv) trasgresión del orden público internacional.

ix) Por disposición expresa del inciso final del artículo 109 del Estatuto Arbitral, la interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo arbitral internacional, con independencia de que en la controversia haya resultado condenada una entidad estatal, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje local o interno.

En efecto, el artículo 42 *ibídem* establece que la interposición del recurso de anulación contra laudos arbitrales locales no impide el cumplimiento de estos,

salvo que la entidad pública condenada solicite la suspensión. En otros términos, es posible suspender los efectos del laudo en aquellos eventos en que así lo pida expresamente la entidad pública que resultó condenada en el procedimiento arbitral.

x) El recurso de anulación contra laudo internacional debe regirse por los principios de buena fe y de uniformidad de su aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 64 del Estatuto Arbitral. Además, la misma disposición preceptúa que las cuestiones sobre arbitraje internacional que no estén expresamente reguladas en la ley, se resolverán de acuerdo con los principios generales del derecho que inspiran la materia.

7. Calidad en la que intervino la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado “ANDJE” en el caso concreto

Dado que los árbitros resolvieron, mediante laudo parcial o interlocutorio, que el presente arbitraje era de naturaleza internacional, se abstuvieron de aplicar las normas procesales generales que establecen la obligación de notificar al Ministerio Público y a la ANDJE en los procesos en que sea parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas.

Así las cosas, los árbitros dieron total aplicación al artículo 92 del Estatuto Arbitral, en su segmento de arbitramento internacional, que establece:

ARTÍCULO 92. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.

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

Por tal motivo, al proceso no fueron citados la ANDJE ni el Ministerio Público como sujetos procesales, por cuanto el procedimiento establecido y convenido entre las partes no estableció la necesidad de su vinculación.

No obstante, el Ministerio Público sí estaba legitimado para interponer el recurso de anulación, en los términos establecidos en el numeral 4 del artículo 109 del Estatuto Arbitral; pero, ese órgano de control no atacó el laudo arbitral, motivo por el cual la Sala se circunscribirá a estudiar el recurso de anulación formulado por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

De otra parte, a la la ANDJE se le reconoció la condición de coadyuvante de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., en el trámite de este recurso, mediante autos del 11 de febrero y del 2 de abril de 2019 (F. 3534 y 3535, 3564 a 3566 c. ppal.), con fundamento en lo establecido en el artículo 2º del Decreto ley 4085 de 2011 y el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012 “C.G.P.”, que preceptúa que la agencia podrá actuar en cualquier estado de la actuación, en condición de coadyuvante de una entidad estatal, en cualquier proceso y jurisdicción, para defender los intereses litigiosos de la Nación.

Así las cosas, la ANDJE podía intervenir como coadyuvante de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., pero en los términos establecidos en el artículo 71 del C.G.P. que preceptúa:

Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia.

El coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

La coadyuvancia solo es procedente en los procesos declarativos. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes.

Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interviniente.

La intervención anterior al traslado de la demanda se resolverá luego de efectuada esta.

Como se advierte, el coadyuvante interviene en el proceso en el estado que se encuentre al momento de su intervención y, por tanto, solo puede realizar los actos jurídicos permitidos a la parte a la que ayuda.

En el caso concreto, la ANDJE intervino luego de vencida la oportunidad para interponer el recurso de anulación, por lo cual no serán atendibles las razones que expuso para ampliar o adicionar los argumentos expuestos por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. en su recurso de anulación, ni mucho los que fundamentan las nuevas causales que invocó, porque esto implicaría un desconocimiento de los derechos de defensa y al debido proceso del Consorcio convocante.

Como consecuencia, en esta decisión solo se analizarán los argumentos expuestos en el recurso extraordinario de anulación por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

8. Análisis de las causales de anulación en el caso concreto

8.1. Primer cargo de anulación: *GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no pudo hacer valer sus derechos (Ley 1563 de 2012, artículo 108, numeral 1, literal b)*

8.1.1. La convocada sostuvo que las partes habilitaron al tribunal para dictar el laudo en un plazo no mayor a seis meses, contados a partir del día siguiente a la presentación de los escritos de conclusión, los cuales se cumplieron el 6 de diciembre de 2017, esto es, dos días después de que fuera notificado el laudo.

Adujo que, por expresa disposición del reglamento internacional, con el pronunciamiento del laudo final -a diferencia de los laudos parciales- terminan las actuaciones arbitrales, lo cual en el caso concreto ocurrió el 4 de diciembre de 2017.

A su turno, señaló que el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá prevé en el artículo 3.35 que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo a las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar y/o que efectúe una interpretación o explicación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Indicó que, a pesar de la previsión contenida en el párrafo 74 de la Orden de Procedimiento n.º 1, en el sentido de que “*el tribunal arbitral hará sus mejores esfuerzos para dictar el laudo dentro de los 90 días siguientes a la fecha de presentación de los escritos de conclusión*”, tal circunstancia no ocurrió. De haber proferido el laudo en el citado plazo de 90 días, el término restante habría sido suficiente para dar cabida a la decisión sobre solicitudes de corrección e interpretación del laudo y, eventualmente, la petición de un laudo adicional.

Agregó que los árbitros estaban facultados para prorrogar el plazo y no lo hicieron, toda vez que el artículo 3.31(4) del reglamento internacional establece: “*4. El tribunal arbitral podrá de oficio y por una sola vez, prorrogar el plazo establecido en el número 3 anterior, mediante resolución fundada*”. Además, el artículo 3.35(6) *ibidem* preceptúa que el tribunal podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo para efectuar una corrección, dar una interpretación o dictar un laudo adicional. Sin embargo, los árbitros no hicieron uso de las referidas facultades, como tampoco cumplieron la previsión de expedir el laudo mucho antes de los seis meses siguientes a la fecha de los escritos de conclusión y, como consecuencia, las actuaciones arbitrales concluyeron inexorablemente el 4 de diciembre de 2017.

Concluyó que, ante la evidente pérdida de competencia del tribunal arbitral por expiración del plazo, no tuvo oportunidad de hacer valer sus derechos a través de las solicitudes de corrección, interpretación o adición del laudo. A modo simplemente ilustrativo, el panel arbitral omitió la decisión de algunas de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención, por lo que se hacía necesaria la expedición de un laudo adicional; no obstante, en el arbitraje internacional no existe la causal de anulación por laudo *infra* o *citra petita*.

8.1.2. El consorcio convocante, en relación con la primera causal de anulación invocada, sostuvo que fue la misma GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. la que voluntariamente decidió no presentar solicitud de corrección, interpretación o adición del laudo. Tan evidente fue lo anterior que, cuando el consorcio hizo uso del derecho a presentar solicitud de corrección del laudo, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del mismo, el tribunal dio trámite a la petición.

Entonces, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. nunca se encontró en el supuesto establecido en el literal b) del numeral 1 de la Ley 1563 de 2012, puesto que la disposición está diseñada para evitar verdaderas desviaciones del procedimiento por parte de un tribunal arbitral, que sean de tal magnitud que hayan impedido a las partes hacer valer sus derechos y que, en consecuencia, resulten en una verdadera vulneración al debido proceso.

Como consecuencia, la causal de anulación objeto de análisis es únicamente aplicable cuando una parte se ha visto privada de la posibilidad de hacer valer sus derechos de defensa y al debido proceso, y no cuando esa parte, de manera voluntaria, decide abstenerse de formular las solicitudes que tenía a su disposición, de conformidad con el procedimiento aplicable.

Añadió que como el consorcio y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no acordaron cuál sería el trámite para las solicitudes de corrección, interpretación y/o adición del laudo, ni tampoco establecieron un término para presentar dichas solicitudes, resultaba aplicable el artículo 3.35 del RAI de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme al cual, frente al laudo final resultan procedentes las solicitudes de aclaración, corrección, interpretación y/o adición.

En tal virtud, afirmó que debió darse aplicación a lo estipulado en la mencionada norma del RAI, toda vez que en los párrafos 36 a 38 de la orden de procedimiento n.º 1 del tribunal, se determinó que al arbitramento le serían aplicables las normas a partir del siguiente orden de prelación: (i) lo que hubiera sido acordado por las

partes; (ii) el RAI, en lo no acordado por las partes y (iii) las reglas IBA para la admisión, el decreto, el recaudo, la producción, la práctica, la valoración y, en general, cualquier aspecto relacionado con las pruebas, salvo en aquello en lo que las partes hubieran acordado reglas diferentes.

En su criterio, en el párrafo 74 de la orden de procedimiento n.º 1 solo se reguló el plazo dentro del cual el tribunal arbitral debía dictar el laudo, pero no se dijo nada en relación con el plazo, los términos, la procedencia o el procedimiento a seguir en relación con el trámite de las solicitudes de corrección, interpretación o de laudo adicional. Una adecuada hermenéutica del referido párrafo y del artículo 3.35 del RAI llevaba a la conclusión de que el plazo de los seis meses quedaba restringido única y exclusivamente a adoptar el laudo, por lo que quedaba vigente el plazo de 30 días para la presentación de las peticiones de corrección, interpretación o adición.

Finalmente, manifestó que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., de forma errada, hizo referencia a la posibilidad que tenían los árbitros de ampliar, de oficio, el período original de 30 días para resolver las peticiones de corrección, interpretación o adición, dado que parte de una premisa equivocada, toda vez que esa potestad la tiene el panel arbitral siempre y cuando las partes previamente hubieran presentado las correspondientes solicitudes. De allí que los árbitros no podían ampliar el plazo de 30 días, cuando no tenían una petición proveniente de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. para decidir.

8.1.4. Análisis de la Sala:

La Sala advierte que el cargo de anulación -GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. *no pudo hacer valer sus derechos*- se hace consistir en la ausencia de notificación y de vinculación al proceso del Ministerio Público y, de otro lado, el hecho de que se hubiere adoptado el laudo arbitral el 4 de diciembre de 2017, es decir, faltando dos días para que venciera el plazo de seis meses durante el cual las partes habilitaron la competencia del tribunal.

En criterio de la Sala, este motivo de impugnación no permite dar por establecida la causal de anulación alegada, por las razones que se desarrollan a continuación:

Los árbitros, luego de efectuadas varias reuniones con las partes, adoptaron la orden de procedimiento n.º 1 en la cual definieron las reglas procesales aplicables a la controversia. En esta decisión, adoptada por el panel arbitral, se estableció, en primer término, que de manera preferente se aplicarían las normas acordadas

por las partes antes que el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá "RAI".

Además, en la Orden de Procedimiento n.º 1 se definió que la sede del trámite arbitral sería Bogotá D.C.; el tribunal arbitral dictaría su fallo en un término de seis meses, contados a partir del día siguiente a la presentación de los escritos de conclusión, y haría sus mejores esfuerzos para dictar el laudo dentro de los 90 días siguientes a la fecha de presentación de los alegatos. Finalmente, se determinó que los gastos y costas del arbitraje serían liquidados de conformidad con los artículos 3.36 a 3.40 del RAI y el artículo 8.5 del marco tarifario aplicable al arbitraje comercial internacional (F. 573 a 588 c. 1).

Como se advierte, las partes no convinieron expresamente -y tampoco lo definieron los árbitros en la pluricitada orden de procedimiento- el trámite posterior a la fecha en que se profiriera el laudo comercial internacional. En otros términos, las partes y los árbitros guardaron silencio en relación con las posibles solicitudes de corrección, aclaración y/o de laudo adicional.

En este punto es importante recordar que, el 8 de mayo de 2015, el Tribunal Arbitral profirió laudo parcial en el que resolvió:

- i. El presente arbitraje es internacional.*
- ii. Al presente arbitraje le serán aplicables las disposiciones del Estatuto Arbitral relativas al arbitraje internacional y el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro (...) (F. 431 a 455 c. 1).*

En ese orden de ideas, el arbitraje se encontraba regido por las disposiciones del Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) y el RAI del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El artículo 106 de la Ley 1563 de 2012, en relación con la posibilidad que tienen las partes de solicitar la corrección, la aclaración y/o la adición del laudo final, con especial claridad establece:

Dentro del mes siguiente a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

a) Cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija cualquier error de cálculo, de transcripción o tipográfico, o que aclare un punto determinado del laudo. Si el tribunal arbitral acoge la petición hará la corrección o la aclaración dentro del mes siguiente a la recepción de la solicitud en decisión que formará parte del laudo.

b) El tribunal arbitral podrá, de oficio, corregir cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o gramatical.

c) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas, dándole aviso a la otra u otras, podrá pedir al tribunal arbitral que profiera un laudo adicional sobre pretensiones hechas en el curso del trámite arbitral pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral acoge la solicitud, proferirá el correspondiente laudo adicional en el término de sesenta (60) días.

De ser ello necesario, el tribunal arbitral prorrogará el término para la corrección, aclaración o adición del laudo.

Lo dispuesto en el artículo 104 se aplicará a las correcciones o aclaraciones del laudo o a los laudos adicionales.

Por su parte, el artículo 3.35 del RAI del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá preceptúa:

Artículo 3.35. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional. 1. Dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo a las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal arbitral que: // a. Corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; // y, b. Dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo. // 2. Si el tribunal arbitral considera procedente la solicitud realizada en los términos del párrafo 1 anterior, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud. Dicha corrección o interpretación formará parte del laudo y se harán por escrito, con aplicación a lo estipulado en el artículo 3.33. // 3. El tribunal arbitral podrá corregir de oficio cualquier error de los mencionados en el párrafo 1 letra a. anterior, por su propia iniciativa dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el laudo fue dictado. // 4. Dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas durante las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo. // 5. Si el tribunal arbitral considera procedente la solicitud realizada en los términos del párrafo 4 anterior, dictará el laudo adicional dentro de los 60 días siguientes a la recepción de la solicitud. // 6. El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo para efectuar una corrección, dar una interpretación o dictar un laudo adicional, con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo. // 7. En lo relativo a las correcciones o interpretaciones del laudo o en los laudos adicionales se aplicará lo dispuesto en el artículo 3.33 del presente Reglamento. El tribunal arbitral deberá dar traslado a la parte contraria de cualquier solicitud de corrección e interpretación del laudo y laudo adicional, la cual podrá presentar sus observaciones a dicha solicitud en un plazo de 15 días desde su notificación.

En tal virtud, a diferencia de lo aducido por la recurrente, no es posible sostener que la primera no pudo hacer valer sus derechos, porque para el momento en que se profirió el laudo tan solo faltaban dos días para que se venciera el plazo convenido de seis meses para proferir el laudo y, por ende, para que se agotara la competencia del tribunal arbitral, por lo que la sociedad no pudo solicitar la aclaración, la adición y la interpretación del mismo.

En efecto, si bien los árbitros tenían un plazo preclusivo de seis meses para proferir el laudo final, contados a partir de la fecha de entrega de los alegatos de conclusión, lo cierto es que el vencimiento de ese término no impedía -salvo pacto expreso, lo que no ocurrió en el caso concreto- que las partes formularan

solicitudes de corrección, de interpretación, aclaración y/o de adición del laudo, en los términos establecidos, en primer lugar, por el artículo 3.35. del RAI y, subsidiariamente, por el artículo 106 del Estatuto Arbitral.

En esa perspectiva, el cargo no tiene vocación de prosperidad, toda vez que las reglas supletivas aplicables a la controversia eran las del RAI del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y, por tanto, las partes podían, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo, solicitar al tribunal arbitral la corrección, la aclaración, la adición o la interpretación del laudo, para lo cual los árbitros contaban con un término establecido en la norma para resolver las correspondientes peticiones, el cual podía ser, inclusive, prorrogado.

Así las cosas, la Sala no advierte que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no haya podido “*hacer valer sus derechos*” por no haber podido presentar solicitudes de aclaración, interpretación, adición o interpretación del laudo final.

8.2. Segundo cargo de anulación: *haberse apartado del procedimiento acordado por las partes (Ley 1563 de 2012, artículo 108, numeral 1, literal d)*

8.2.1. En criterio de la sociedad convocada, el tribunal se apartó del procedimiento previsto por las partes (i) al impedir que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. presentara un dictamen de contradicción en el trámite de la demanda de reconvención, a pesar de que se había previsto expresamente esa posibilidad. Además, porque (ii) permitió que el consorcio convocante presentara un nuevo dictamen que denominó convenientemente de “corrección” en las audiencias realizadas en febrero de 2017, esto es, en las que serían precisamente interrogados los peritos, cuando lo cierto es que las partes convinieron que, luego de la etapa escrita, no podían ser allegadas pruebas adicionales.

Las partes acordaron que si alguna de ellas llegaba a presentar un dictamen pericial con su escrito de réplica (fuera GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y GECELCA S.A. E.S.P. en el trámite de la demanda principal o el consorcio en el de la reconvención), la otra tendría derecho a que le fuera fijado un término para que pudiera controvertir esa experticia, con la entrega de otro dictamen. Esta circunstancia quedó expresamente establecida en el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1.

Aclaró que la presentación de ese otro dictamen de contradicción era fundamental, ya que con el mismo podía también ejercerse la oposición en la audiencia. Y esto

era así porque las partes acordaron que el interrogatorio al perito se daría a partir de su propio dictamen, de conformidad con el párrafo 63 de la orden de procedimiento n.º 1. En otros términos, si una de las partes no presentaba el dictamen de contradicción, el perito no podría referirse en audiencia a las conclusiones que hubieren podido presentarse en ese dictamen, por lo que debía restringirse o limitarse a los dictámenes que hubieran sido presentados con la demanda, con la reconvención o con el escrito de réplica.

Aseguró que el tribunal arbitral permitió al consorcio convocante allegar un nuevo dictamen adicional, lo que afectó la defensa y los derechos de la sociedad GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. En efecto, indicó que durante las audiencias de febrero de 2017, una vez agotada la etapa escrita del procedimiento, el consorcio de manera sorpresiva aportó un nuevo dictamen de la firma Compass Lexecon, el que fue denominado como “*corrección de los daños al informe de indisponibilidad*”.

En su criterio, la supuesta corrección puso de presente un verdadero cambio en el dictamen de la firma de expertos contratada por el consorcio para elaborar la experticia. De modo que la llamada corrección contenía un nuevo dictamen, ya que exponía una supuesta inexistencia de daños para GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y GECELCA S.A. E.S.P. por los mayores precios en bolsa durante el período que la central estuvo operando en el mercado de energía y que, en opinión de la mencionada firma, condujo a que las convocadas obtuvieran beneficios y no perjuicios como fue alegado en el escrito de reconvención.

De otra parte, la recurrente solicitó que se hiciera un estudio de las causales de anulación de oficio de que trata el numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, al considerar que es un deber del juez del recurso de anulación estudiar si el laudo adolece de alguna de las mencionadas causales, más aún si el Consejo de Estado ha puntualizado que no solicitar la interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina tiene la virtualidad de configurar la causal prevista en el literal b) del numeral 2 del artículo 108 ibídem, esto es, una violación al orden jurídico internacional.

Concluyó que, en el caso concreto, el tribunal debió solicitar la interpretación prejudicial porque el desarrollo de la infraestructura de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. es el necesario para cumplir con los compromisos internacionales en el marco de la Comunidad Andina de Naciones, tal como se indica en la Decisión 563 de Cartagena que contiene la codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino.

8.2.2. El consorcio convocante se opuso a la causal de anulación, para lo cual manifestó que, de acuerdo con la orden de procedimiento n.º 1, las partes tenían dos oportunidades para presentar argumentos y pruebas, y rebatir los argumentos y las pruebas de la contraparte. El párrafo 62 de la citada orden establecía: *“Cuando alguna Parte presente un dictamen preparado por un perito designado por esa Parte con el escrito de Dúplica, el Tribunal Arbitral fijará un término razonable para que la otra Parte pueda controvertir ese dictamen mediante la presentación de otro dictamen”*.

Por consiguiente, precisó que respecto de la demanda principal la parte convocante contaba con los escritos de demanda y de réplica. Por su parte, GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. contaba con la contestación de la demanda y el escrito de dúplica. Mientras que frente a la demanda de reconvención, las oportunidades del consorcio fueron la contestación y la dúplica, y las de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. fueron la demanda de reconvención y el escrito de réplica. En ambos casos el trámite se cerraba con los escritos de dúplica.

Agregó que la correcta interpretación del párrafo 62 de la orden de procedimiento es aquella, según la cual, las partes tenían esa última oportunidad para poder rebatir los nuevos hechos y/o argumentos que la otra parte hubiera introducido al proceso a través de la presentación de un escrito de dúplica, bien en la demanda principal o en la de reconvención. Es decir, el objetivo era permitirle a la parte contra la que se adujo un dictamen pericial, controvertir dicha experticia por contener puntos sobre los cuales no tuvo ocasión u oportunidad de pronunciarse previamente, por lo que ese párrafo era aplicable tratándose de dictámenes periciales que, a pesar de haber sido aportados con el escrito de dúplica por una de las partes, se limitaran a reiterar puntos ya tratados en otras experticias.

Señaló que, una interpretación en sentido contrario como la que propone GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., según la cual el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1 aplica en cualquier caso en que alguna parte presente un dictamen pericial con el escrito de dúplica, implicaría, eso sí, una desviación del procedimiento por contener una oportunidad adicional no acordada por las partes para pronunciarse sobre puntos sobre los cuales se pudo referir en el pasado.

De allí que, en su criterio, la consecuencia prevista en el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1 solo se aplicaba cuando con el escrito de dúplica se presentaba un dictamen pericial con puntos nuevos, cuyo contenido no había podido ser debatido, ni controvertido con anterioridad.

En tal virtud, sostuvo que los dictámenes de FTI IV y Compass Lexecon II no contenían información o análisis nuevos respecto de los cuales GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. no hubiera tenido ya la oportunidad de pronunciarse en el trámite arbitral.

Enfatizó que el consorcio solicitó el término a que se refiere el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1, porque advirtió puntos nuevos contenidos en el dictamen de GPS III allegado con la dúplica de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. Uno de los estudios nuevos que contenía esa experticia, era el “análisis de ventanas”, mediante el cual, por primera vez, se efectuó un examen del atraso del cronograma y se determinaron las supuestas causas de retraso de la ruta crítica del proyecto. En tal virtud, la única oportunidad que tenía el consorcio convocante para contradecir los puntos adicionales contenidos en ese medio de prueba era la establecida en el párrafo 62.

Cuando el consorcio solicitó la aplicación del párrafo 62 de la pluricitada orden de procedimiento, argumentó de forma consistente que el dictamen de GPS III contenía puntos que no habían sido expuestos previamente en el trámite arbitral, y que, por esa específica razón, era procedente otorgar la posibilidad de controvertir esos aspectos.

Indicó que el documento en que GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. fundamenta su recurso de anulación, esto es, la corrección del dictamen de Compass Lexecon del 14 de febrero de 2017, es una prueba que no fue admitida por el Tribunal Arbitral y que nunca hizo parte del expediente. La única corrección admitida por el tribunal fue la corrección de Compass Lexecon del 21 de febrero de 2017, que es un documento de dos páginas, que no se menciona en el recurso de anulación.

No obstante, aun si el Tribunal Arbitral hubiera permitido a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. aportar el dictamen adicional de Compass Lexecon del 14 de febrero de 2017, este no hubiera tenido incidencia en el sentido del laudo.

El consorcio afirmó que, tanto GECELCA S.A. E.S.P. como GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. nunca invocaron la aplicación o la interpretación de un precepto andino, motivo por el cual no era necesario agotar el trámite de interpretación prejudicial. Aunado a lo anterior, para resolver la controversia no era necesaria la aplicación de las Decisiones 757 y 563 del Acuerdo de Cartagena, toda vez que la primera está circunscrita al intercambio intracomunitario de energía eléctrica entre Ecuador y Colombia y entre Ecuador y Perú, mientras que la segunda regula aspectos como las medidas correctivas aplicadas a importaciones de ciertos

productos provenientes de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, las conductas en detrimento del arancel externo común y las restricciones al comercio intrasubregional.

Sostuvo que la ausencia de interpretación prejudicial en un trámite arbitral internacional comercial no puede entenderse como una vulneración al orden público internacional de Colombia.

8.2.4. Análisis de la Sala:

La causal de anulación consistente en que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes, impone analizar si el tribunal arbitral desatendió o se apartó de las reglas de procedimiento acordadas por las partes.

Sobre el alcance de esta causal, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, que es la competente para conocer el recurso cuando no intervienen entidades públicas, ha puntualizado²⁸:

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.

Por su parte, la doctrina ha sostenido que esta causal permite cuestionar tanto la integración del tribunal como el procedimiento arbitral, a partir de un análisis de las reglas acordadas, “*siempre que el vicio afecte realmente los derechos de las partes*”²⁹.

En relación con esta causal de anulación, esta Corporación sostuvo que: “*en desarrollo del principio de habilitación, las partes son las que voluntariamente pueden fijar en el acuerdo arbitral tanto las reglas a seguir para la conformación del Tribunal de Arbitramento como las relativas al procedimiento arbitral, salvo que con esas mismas disposiciones se contravenga alguna de las normas previstas en*

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 11 de julio de 2018, exp. 2017-03480, n.º SC5677-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

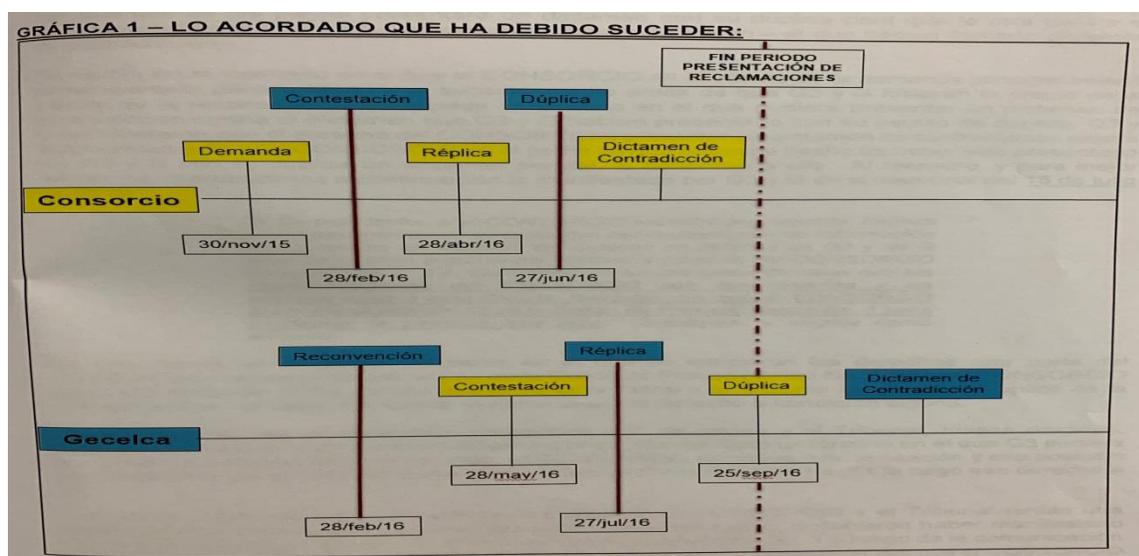
²⁹ Cf. CÁRDENAS, Juan Pablo “El recurso de anulación en el arbitraje internacional”, en: AAVV “Estatuto Arbitral Colombiano”, Ed. Legis, Bogotá, 2013, pág. 535 y 536.

la Ley 1563 de 2012, en la Convención de Nueva York o en la Ley Modelo sobre el Arbitraje Comercial Internacional expedido por la CNUDMI³⁰.

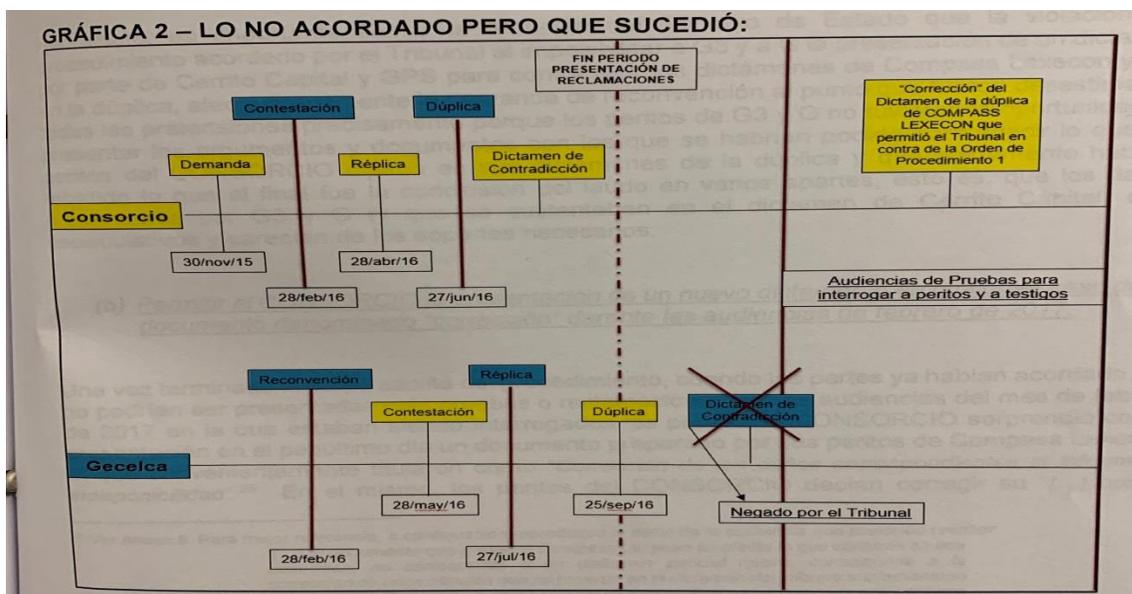
La sociedad recurrente adujo dos circunstancias eventualmente configurativas de la causal de anulación alegada. La primera, que se le dieron mayores oportunidades probatorias al consorcio convocante, con desconocimiento del párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1. La segunda, que el arbitramento, de conformidad con el pacto arbitral, era de naturaleza nacional y, por tanto, los árbitros no debieron tramitarlo como internacional.

La Sala estudiará, en primer término, la causal a partir del razonamiento expresamente esgrimido por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. en el recurso de anulación, esto es, que (i) se le negó la posibilidad de aportar un dictamen de contradicción durante el trámite de la demanda de reconvención, luego de la presentación del correspondiente escrito de dúplica, mientras que (ii) al consorcio convocante se le permitió adjuntar, durante la audiencia de pruebas para interrogar a los peritos y a los testigos, una “*corrección del dictamen elaborado por Compass Lexecon*”.

La sociedad recurrente, para facilitar la comprensión del cargo de anulación, presentó los siguientes diagramas de flujo:



³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52.556, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



En criterio de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., las partes acordaron en el párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1 que si alguna de ellas presentaba un dictamen pericial con su escrito de dúplica, la otra tendría derecho a que se fijara un término prudencial para que pudiera controvertir esa experticia, con la entrega de otro dictamen. Expresamente sostuvo: “*el tribunal accedió a que el Consorcio presentara un dictamen de contradicción, luego de que en el trámite de la demanda principal G3 y G presentaran un dictamen pericial de sus peritos, la firma GPS con su escrito de dúplica. Sin embargo, cuando el consorcio presentó en el trámite de la reconvención dos dictámenes periciales con su dúplica (uno de su perito la firma FTI y otro de su perito Compass Lexcon), el Tribunal negó el derecho de G3 y G de presentar un dictamen de contradicción*” (F. 3252 c. ppal.).

Por su parte, el consorcio convocante sostuvo que la posibilidad de presentar un dictamen de contradicción, en los términos del párrafo 62 de la orden de procedimiento número 1, quedaba reducida a que la parte en contra de quien se presentaba el dictamen pericial con el respectivo escrito de dúplica no hubiera tenido antes la oportunidad de controvertir los análisis que contenía esa experticia.

En el expediente quedó acreditado que, en efecto, el 6 de octubre de 2016, las sociedades GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. solicitaron expresamente al Tribunal que se les otorgara la posibilidad de allegar un dictamen de contradicción, comoquiera que el consorcio convocante y demandado en reconvención, con el respectivo escrito de dúplica, allegó dos dictámenes periciales denominados “Informe de respuesta al informe de Global Project Strategy” e “Informe pericial suplementario”, elaborados por las firmas FTI Consulting y Compass Lexecon, respectivamente (F. 480 y 481 c. 5).

El consorcio convocante se opuso a esa solicitud, para lo cual sostuvo que la interpretación del párrafo 62 de la OP1, invocada por las sociedades demandadas, desconocía los principios del arbitraje internacional y el propósito del calendario procesal definido en el trámite arbitral. En su criterio, esa disposición procesal operaba única y exclusivamente cuando era necesario rebatir hechos o argumentos nuevos que la contraparte hubiera introducido al proceso a través de un dictamen pericial aportado con el escrito de dúplica, por lo que, reiteró, para la aplicación del precepto era preciso que la parte demostrara que la experticia allegada con el correspondiente escrito de dúplica resultaba completamente nueva, y dado que los dictámenes de FTI y de Compass Lexecon no contenían información o análisis nuevos, no se podía habilitar la oportunidad de contradicción establecida en la norma (F. 491 a 503 c. 5).

El 4 de noviembre de 2016, los apoderados judiciales de GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. reiteraron la petición al Tribunal Arbitral, para que se diera aplicación al párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1, puesto que el consorcio convocante, con su escrito de dúplica, había aportado dos dictámenes periciales que podían ser refutados mediante un dictamen de contradicción. Al respecto, las demandadas principales y demandantes en reconvención, indicaron lo siguiente:

Como es de conocimiento del Tribunal, el pasado 6 de octubre de 2016 solicitamos a los señores Árbitros fijar el término al que se refiere el párrafo 62 de la Orden de Procedimiento No. 1 para que G3 y G pudieran controvertir el dictamen presentado por el Consorcio con su escrito de dúplica.

Al día siguiente, el 7 de octubre de 2016, el señor Presidente del Tribunal acusó de recibo nuestra solicitud y solicitó al Consorcio presentar sus comentarios a más tardar el 14 de octubre de 2016. En esa fecha, el Consorcio remitió sus respectivas consideraciones argumentando que nuestras representadas no tienen el mismo derecho que el consorcio convocante. No compartimos dichos argumentos, en tanto que el derecho consagrado en la Orden de Procedimiento No. 1 es absolutamente claro sobre el derecho de contradicción sin incluir condicionamiento alguno.

No sobra recordar que G3 y G acudieron exactamente al mismo derecho y a la misma disposición del párrafo 62 de la Orden de Procedimiento No. 1 a la que acudió el Consorcio el pasado 4 de julio de 2016 y que fue resuelta por el Tribunal el 28 de julio de 2016 -i.e. a los 24 días calendario siguientes- otorgándole al Consorcio 60 días calendario para la presentación del respectivo dictamen de contradicción.

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, y con el propósito de contar con el mismo derecho que tuvo el Consorcio, G3 y G solicitan la modificación de la fecha en la que se iniciarán las audiencias en tanto que el hecho de no conceder la contradicción o concederla por un término menor a 60 días calendario significaría un claro desequilibrio entre los derechos de las partes y la capacidad para ejercer el derecho de defensa de nuestras representadas se vería afectada grave y negativamente (F. 554 y 555 c. 5).

El 10 de noviembre de 2016, a través de la orden de procedimiento n.º 11, el panel arbitral denegó la petición elevada por las sociedades demandadas y demandantes en reconvención, ya que, en su criterio, el párrafo 62 de la OP1 debía ser interpretado como una excepción a los lineamientos generales contenidos en la sección 3.2. de la misma orden de procedimiento, en tanto que era obligación de las partes, durante la fase escrita, presentar todas las pruebas que pretendieran hacer valer, incluidos los dictámenes periciales. De allí que la etapa probatoria establecida en el párrafo 62, solo era admisible cuando a través de un dictamen pericial se incluían nuevas cuestiones respecto de las cuales la contraparte no había tenido la oportunidad de pronunciarse:

(...) Aunque las Demandadas listan una serie de temas tratados en los dictámenes periciales de FTI y Compass Lexcon que el Consorcio ha presentado junto con su Dúplica a la Demanda de Reconvención, no han demostrado que estos temas hayan sido tratados por primera vez en dichos informes. Los comentarios del Consorcio dejan claro que, por el contrario, se trata de cuestiones que las Partes han discutido en sus memoriales y ya han sido abordados por los expertos de las Demandadas en sus dictámenes.

Así las cosas, la solicitud se fundamenta únicamente en la complejidad de dichos dictámenes. La mayor o menor complejidad de una experticia, sin embargo, no es suficiente para justificar la aplicación del párrafo 62 de la OPI. En cumplimiento de las reglas procesales acordadas por las Partes, las Demandadas habrían tenido que abordar estas cuestiones de manera exhaustiva a través de los dictámenes periciales presentados con sus memoriales de Demanda y Réplica en el trámite de la Reconvención (...)" (F. 570 a 574 c. 5).

El 15 de noviembre del mismo año, las sociedades demandantes en reconvención radicaron solicitud de reconsideración, por cuanto, desde su punto de vista, el párrafo 62 de la OP1 era claro en indicar que si la parte demandada (principal o en reconvención) presentaba con su escrito de dúplica un dictamen pericial, era derecho de la contraparte poder allegar un dictamen de contradicción, sin que existiera condicionamiento alguno respecto de esa garantía procesal (F. 584 a 591 c. 5).

El 28 de noviembre de 2016, mediante la orden de procedimiento n.º 14, el Tribunal Arbitral denegó la solicitud elevada conjuntamente por GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., para que se les permitiera allegar un dictamen pericial de contradicción, con posterioridad a la radicación del escrito de dúplica del consorcio convocante, durante el trámite de la demanda de reconvención (F. 708 a 717 c. 5).

Ahora bien, el fundamento del panel arbitral para denegar la admisibilidad de ese nuevo dictamen, fue el siguiente:

En primer lugar, para el Tribunal no es posible comparar los supuestos en los cuales el Tribunal accedió a que el Consorcio presentara un nuevo dictamen tras la presentación de la dúplica de las demandadas (resuelta mediante la Orden de Procedimiento No. 8) y la solicitud formulada por las demandadas luego de la presentación de la dúplica a la demanda de reconvencción de Gecelca 3. En dicha ocasión, como reconocen las demandadas, las Partes estaban de acuerdo en que el Consorcio tenía derecho a presentar un nuevo dictamen sobre la base de la existencia de “argumentos, hechos y pruebas nuevas”. Si el consorcio contó con más oportunidades para contradecir las pruebas de las demandadas, ello se explica en su consentimiento a que éste presentase un nuevo dictamen.

En segundo lugar, por los motivos expuestos en la OP11, el Tribunal no está de acuerdo en que el párrafo 62 de la OP1 (i) le imponga la obligación de otorgarle a una Parte el derecho de presentar un dictamen pericial una vez terminada la fase escrita del procedimiento o (ii) no tenga un carácter excepcional. Esta interpretación contradice expresamente las reglas acordadas por las Partes para la fase escrita del procedimiento (sección 3.2. de la OP1) y, en particular, el párrafo 45 de dicha Orden de Procedimiento, que dispone: // “Después del intercambio de memoriales escritos, no podrán formularse nuevos alegatos o presentarse nuevas pruebas documentales, declaraciones de testigos y/o dictámenes periciales, ni tampoco nuevas reclamaciones o pretensiones”.

También tiene un carácter excepcional, en la práctica internacional, que no sea el demandado quien tenga la última palabra en un procedimiento, como anota el Consorcio en sus comentarios. En este caso, puesto que el Consorcio es la demandada (sic) en el trámite de la demanda de reconvencción de Gecelca 3, es quien, salvo circunstancias excepcionales debe tener la última palabra.

Por lo tanto, una Parte puede solicitar y el Tribunal puede aplicar el párrafo de la OP1 únicamente en circunstancias excepcionales, como lo sería la presentación de nuevos argumentos técnicos, por primera vez, junto con el memorial de dúplica. Las demandadas no han probado, ni al solicitar la primera vez la aplicación de esta regla, ni en su solicitud de reconsideración, que los dictámenes de FTI y Compass Lexecon presentados junto con la dúplica a la demanda de reconvencción, correspondan a este supuesto. Así se deduce de la sección 2.3. de los comentarios del consorcio (F. 712 y 713 c. 5).

La Sala, para poder estudiar y despejar el cargo de anulación, revisará en detalle la orden de procedimiento n.º 1, con la finalidad de resolver el siguiente problema jurídico: ¿El párrafo 62 de la OP1 contenía una oportunidad probatoria excepcional y condicionada, consistente en que el dictamen aportado con el escrito de dúplica contuviera puntos, hechos o argumentos nuevos o, por el contrario, se trataba de un derecho que no estaba sometido a condición alguna, que se activaba simplemente con el hecho de que se aportara un dictamen con el correspondiente escrito de dúplica?

El párrafo 62 de la orden de procedimiento n.º 1 preceptuaba: “62. Cuando alguna Parte presente un dictamen pericial preparado por un perito designado por esa Parte con el escrito de Dúplica, el Tribunal fijará un término razonable para que la otra Parte pueda controvertir ese dictamen mediante la presentación de otro dictamen” (F. 584 c. 1).

Por su parte, en la sección 3.2. de la OP1, en relación con el procedimiento escrito, específicamente en los párrafos 43, 44 y 45, se estableció lo siguiente:

43. Las demandadas deberán presentar su Dúplica, junto con sus pruebas documentales (incluidos las declaraciones testimoniales y los dictámenes escritos), dentro de un plazo de 60 días calendario contados a partir del día siguiente a la presentación de la Réplica. La Dúplica podrá contener, mutatis mutandis, el mismo contenido de la Réplica.

44. En el trámite de la Demanda de Reconvencción, las Partes podrán presentar escritos de Réplica y Dúplica en las mismas condiciones indicadas en esta orden de procedimiento para la Demanda. Allí, el término de 60 días calendario para la presentación de la Réplica se contará a partir del día siguiente a la presentación de la Contestación a la Demanda de Reconvencción.

45. Después de memoriales escritos, no podrán formularse nuevos alegatos o presentarse nuevas pruebas documentales, declaraciones de testigos y/o periciales, ni tampoco nuevas reclamaciones o pretensiones (F. 581 c. 1).

En criterio de la Sala, el Tribunal Arbitral y el consorcio convocante interpretaron de manera errada la OP1, toda vez que el párrafo 62 no se hizo depender de condición y, concretamente, de la circunstancia de que el dictamen presentado con el escrito de dúplica contuviera puntos novedosos a la controversia. En esa perspectiva, la regla probatoria del párrafo 62 permitía, de forma excepcional, que el cierre probatorio lo hiciera la parte que fungía como demandante -principal o en reconvencción-, con independencia de que las pruebas aportadas en los escritos de dúplica contuvieran o no puntos nuevos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el panel arbitral hizo prevalecer de manera equivocada el acuerdo general sobre el trámite de memoriales escritos, respecto de una regla especial y particular que regulaba el procedimiento de contradicción de los dictámenes periciales. Y si bien es cierto que en la práctica internacional los memoriales de cierre corresponden a la parte demandada, en el caso concreto las partes y el tribunal acordaron un procedimiento que permitía que la parte demandante (principal o en reconvencción) pudiera radicar un último dictamen denominado de “contradicción”, sin sujetar este derecho a ningún requisito o condición.

De modo que el criterio de excepcionalidad que introdujo el Tribunal para ejercer el derecho a aportar un dictamen de contradicción, así como las condiciones dentro de los cuales debía ejercerse aquel, no quedaron contenidos en la OP1 y, por tanto, se desconoció una regla clara que le otorgaba un derecho específico e incondicional a una de las partes.

Además, el Tribunal Arbitral generó con su interpretación una falsa o aparente antinomia entre las reglas procesales contenidas en los párrafos 45 y 62 de la

OP1. Por tal motivo, si, en criterio de los árbitros, la OP1 contenía una antinomia en materia probatoria, lo lógico y procedente debió ser emplear las reglas hermenéuticas para solucionar este tipo de conflictos normativos, bien que presentara efectivamente una contradicción entre las dos normas (antinomia real), o que la misma fuera aparente.

Al respecto, la OP1 contenía las reglas procesales y procedimentales a las cuales se sometió el arbitraje internacional, que, por tratarse de normas acordadas consensualmente por las partes eran de ineludible cumplimiento.

En criterio de la Sala, no cabe duda alguna de que el Tribunal Arbitral no solo introdujo erróneamente como norma aplicable el párrafo 45, sino que, admitiendo, en gracia de discusión, que existiera una antinomia con el párrafo 62, desconoció las reglas hermenéuticas para la solución de antinomias, pues hizo prevalecer la norma general sobre la especial, así como la anterior sobre la posterior.

Adicionalmente, el Tribunal de Arbitramento contravino injustificadamente el contenido de los artículos 91 y 92 del Estatuto Arbitral, que establecen el derecho que tienen las partes a un trato equitativo y la posibilidad de fijar el procedimiento de tal manera que se garantice a cada parte la posibilidad de hacer valer sus derechos.

En ese orden de ideas, el panel arbitral (i) negó la posibilidad de GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. de aportar un dictamen de contradicción, en relación con la experticia allegada por el consorcio convocante con su escrito de dúplica, y (ii) le permitió al consorcio convocante, durante las audiencias de testimonios a los peritos, adjuntar el documento denominado "*Corrección de los daños correspondientes al informe de indisponibilidad*", elaborado por la firma Compass Lexecon.

En efecto, del 26 de septiembre de 2016, el consorcio convocante, con el escrito de dúplica, aportó la experticia titulada: "*Informe de respuesta de Global Project Strategy 'Peritaje experto sobre el desarrollo de los trabajos del proyecto central Gecelca 3, respuesta al peritaje de FTI'*". El dictamen fue elaborado por la firma FTI Consulting.

En el peritaje se controvirtieron las conclusiones del dictamen aportado por Gecelca 3 S.A.S. E.S.P., con el escrito de réplica en el trámite de la demanda de reconvencción, elaborado por GPS (Global Project Strategy).

Las conclusiones de la experticia fueron, en síntesis, las siguientes:

- Se actualizaron los daños y montos adeudados por cuenta del rompimiento del equilibrio financiero del contrato y del incumplimiento del mismo, presuntamente imputable a G3.
- La firma de consultoría sostuvo que de los 784 días de atraso del proyecto, el 100% era atribuible a G3, por lo que la conclusión del peritaje elaborado por GPS carecía de fundamento técnico, al sostener que el retraso era atribuible al consorcio.
- El consorcio, a pesar de las adversidades, de encontrarse frente a una obra permanentemente impactada por varios hechos y circunstancias, cumplió con el estándar de industria, al lograr finalizarla el 12 de septiembre de 2015, según se documentó en el informe inicial de FTI.

El consorcio cumplió con los estándares definidos por la Asociación de Gestión de Construcción de América (CMAA por sus siglas en inglés).

- Gecelca S.A. E.S.P., Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. y la interventoría actuaron de forma pasiva, porque se negaron a reconocer la existencia de los impactos que el consorcio les fue informando oportunamente.
- El único reconocimiento parcial de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. consistió en acceder a una ampliación del plazo del contrato en 254 días, por lo que el consorcio afrontó técnica y financieramente la mayor permanencia del proyecto.
- Los recursos financieros que tuvo que girar la casa matriz al consorcio, por cuenta de la mayor permanencia en la obra, ascendieron a US\$ 27'500.000.
- De los 784 días calendario de atraso del proyecto, 671 eran excusables y 113 no excusables. Preciso que *“la sumatoria del atraso excusable y no excusable corresponde al tiempo transcurrido entre la fecha de finalización planeada del proyecto (la fecha inicial estipulada en el Contrato RP3, sin tener en cuenta el otrosí n.º 1), esto es, el 20 de julio de 2013, y la fecha de finalización del ‘As-built’ del 12 de septiembre de 2015”* (F. 357 c. respuesta oficio n.º 2984-2019).

En criterio de la firma consultora, de los “784 días de atraso del proyecto -incluidos los 254 otorgados mediante el Otrosí n.º 1- Gecelca era responsable de 671 días de atraso (excusable), mientras que 113 días correspondían a atraso no excusable” (F. 358 c. respuesta oficio n.º 2984-2019).

En suma, la experticia de contradicción allegada por el consorcio con el escrito dúplica, durante el trámite de la demanda de reconvención, tuvo por finalidad controvertir las conclusiones contenidas en el dictamen de la firma GPS y, por tanto, sostener y reafirmar que sí se presentó un desequilibrio económico del contrato y un incumplimiento atribuible a Gecelca 3 S.A.S. E.S.P.

Además, el 14 de febrero de 2017, durante las audiencias de testimonios a los peritos, el consorcio convocante allegó el documento denominado “*Corrección de los daños correspondientes al informe de indisponibilidad*”. El medio de convicción de 11 páginas fue elaborado por la firma Compass Lexecon.

Compass Lexecon fue contratada por el consorcio convocante para que presentara un dictamen de contradicción a la experticia de Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. elaborada por la firma Cerrito Capital S.A.S.

Compass Lexecon, durante la etapa escrita del procedimiento, rindió dos informes en relación con los supuestos daños sufridos por Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. durante (i) el período cesante, comprendido entre el 1º de abril de 2014 y el 16 de septiembre de 2015 y (ii) los períodos tratados por Cerrito Capital S.A.S., que van desde el 26 de octubre al 15 de noviembre de 2015 (período de indisponibilidad durante el fenómeno El Niño) y del 30 de mayo al 30 de junio de 2016 (período de indisponibilidad en mitad del año).

Las correcciones de Compass Lexecon, aportadas al procedimiento el 14 de febrero de 2017 y aceptadas por el tribunal arbitral, fueron las siguientes:

Corrección n.º 1:

En nuestro informe suplementario, sin embargo, cometemos el error de no eliminar los ingresos correspondientes al Cargo por Confiabilidad ni aquellos relacionados a las desviaciones de energía eléctrica de nuestra corrección de los daños computados por Cerrito, lo que implica remunerar a Gecelca por conceptos que no hubiera obtenido ni en el escenario esperado (donde mantenía su OEF), ni en el escenario real (donde había cedido sus OEF). Esto se debe a que en ambos escenarios se encontraba indisponible y sin respaldo.

Esta corrección implica una disminución igual a COP 12.291 millones en los supuestos daños por indisponibilidad presentados en nuestro segundo informe pericial...

Corrección n.º 2:

Aunque en nuestro análisis consideramos que la cesión de las OEF sería una consecuencia de la supuesta demora en la entrega de la Planta, cometemos el error de no incorporar en nuestro análisis de los supuestos daños todas aquellas horas en las cuales, finalizado el período cesante (i.e., 16 de septiembre de 2015), la Planta se encontró en funcionamiento pero libre de sus OEF.

Este periodo de tiempo, comprendido entre el 17 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2015, debe ser incluido en este análisis, dado que, al no encontrarse sujeto a sus OEF, Gecelca logró vender la energía generada por la Planta Gecelca 3 a precio de bolsa...

En síntesis, en el documento de corrección, Compass Lexecon conceptuó que Gecelca S.A. E.S.P. y Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. no sufrieron daños, sino que, por el contrario, reportaron utilidades netas superiores a COP 42.726 millones.

Como se advierte, los árbitros interpretaron de manera errada la voluntad de las partes, plasmada en la Orden de Procedimiento n.º 1, por cuanto permitieron que el consorcio convocante tuviera dos oportunidades probatorias adicionales respecto de las sociedades convocadas. Una, otorgada conforme con lo pactado, pero negada a la otra parte y la segunda desconociendo el acuerdo, en cuanto se permitió que el consorcio allegara un documento pericial -con elementos probatorios nuevos- durante la etapa oral, es decir, cuando ya había concluido la etapa de memoriales escritos.

En criterio de la Sala, esas actuaciones invalidan el laudo final, como se explica a continuación:

i) Para la configuración de la causal de anulación objeto de estudio solo es necesario acreditar que el tribunal contravino o desconoció el procedimiento acordado entre las partes.

A la anterior conclusión se llega a partir de la regulación de las causales de anulación de los laudos proferidos en arbitraje internacional, establecidas en el artículo 108 de la Ley 1563 de 2012. La Sala considera que el desconocimiento de la norma procesal pactada, que se concretó en negarle el derecho al recurrente de allegar un dictamen pericial y en permitirle al consorcio convocante un dictamen pericial en la etapa oral del procedimiento, es razón suficiente para decretar la nulidad del laudo solicitada en el recurso interpuesto por dicha parte, sin que resulte procedente indagar cuál fue la incidencia de esta irregularidad en la decisión adoptada en el laudo.

ii) Al igual que ocurre en el arbitraje nacional, las causales de anulación en el internacional son taxativas en el sentido de que un laudo no puede anularse por una causal no prevista en la ley, por lo que se está frente a una enumeración cerrada de motivos de anulación (*numerus clausus*).

No obstante, se advierte una clara diferencia en relación con la determinación del contenido de las causales, pues mientras en el arbitraje nacional se enumeran con mayor precisión los defectos que pueden genera la anulación del laudo, en el internacional se señala simplemente que esta consecuencia opera cuando una parte demuestre que “*por cualquiera otra razón, (no pudo) hacer valer sus derechos*” o acredite que “*el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes*”.

iii) Esta diferencia se explica porque en el arbitraje internacional no se conocen las normas procesales que regirán cada proceso, pues tales reglas se acuerdan libremente por las partes. De modo que si no se conocen las reglas a las que estará sujeto el arbitramento, el legislador, al regular la anulación del laudo por irregularidades procesales, solo puede disponer, de manera general, que la misma procede por desconocimiento de tales reglas.

iv) La doctrina ha señalado que la consecuencia de otorgar a las partes libertad para estipular las reglas de procedimiento tiene como contrapartida la inclusión de amplias competencias al juez de la anulación:

Puede entonces concluirse que la amplia facultad que le otorga la ley 1563 a las partes y al tribunal arbitral para decidir sobre cuestiones de procedimiento es necesaria para que el arbitraje pueda ser verdaderamente internacional (...). Esa libertad se compensa, de alguna manera, con el amplio margen de discreción que tiene el juez colombiano de la anulación para decretar la nulidad del laudo cuando encuentre que, por cualquier razón, una de las partes no pudo hacer valer sus derechos dentro del trámite arbitral³¹.

v) Las partes en el proceso arbitral deben sujetarse a lo acordado y el tribunal debe garantizar el cumplimiento de dicho acuerdo y, en el evento de que el mismo se desconozca, la parte afectada puede solicitar la anulación del laudo por este motivo.

³¹ Zuleta Londoño, Alberto “El procedimiento arbitral en la nueva ley de arbitraje internacional”, en Estatuto Arbitral Colombiano, Legis 2013, p. 439

Al juez de la anulación en el arbitraje internacional le corresponde simplemente garantizarle a las partes que el acuerdo celebrado, al establecer el procedimiento arbitral, se respete en el desarrollo del mismo.

vi) El debido proceso en este caso es el establecido en el acuerdo celebrado por las partes, de manera previa al desarrollo del trámite arbitral y, particularmente, de manera previa al momento en el que las partes ejercen los derechos allí establecidos. Las partes tienen derecho a que dicho acuerdo se aplique plenamente y esto implica que ninguna de ellas puede adelantar actuaciones por fuera de los términos y condiciones previstos, y que tampoco pueda impedirseles el ejercicio de sus derechos en los términos acordados.

Las normas procesales incumplidas por el Tribunal garantizaban la materialización de los derechos al debido proceso y a la contradicción de las partes, lo cual demuestra la relevancia de la violación. En virtud de lo anterior, se impone la anulación del laudo, porque el desconocimiento del derecho de contradicción fue grave y relevante para GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., en tanto no solo afectó el derecho al debido proceso sino también lo acordado por las partes.

vii) El examen que debe hacer el juez de la anulación está circunscrito a verificar si las reglas procesales acordadas se cumplieron y frente a la evidencia de su violación no puede dejar de aplicar la consecuencia prevista en la ley, que consiste en decretar la anulación del laudo.

viii) Como se indicó anteriormente, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que para que proceda la anulación por esta causal, es preciso que el tribunal arbitral haya desatendido *“injustificadamente”* las pautas de procedimiento fijadas por las partes, *“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”*³².

La Sala no comparte esa hermenéutica, puesto que exigir para la procedencia del recurso de anulación que la desatención de las reglas del procedimiento sea injustificada, o que afecte todo el trámite o que se ponga de manifiesto la

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 11 de julio de 2018, exp. 2017-03480, n.º SC5677-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

vulneración del derecho de defensa implica establecer condiciones no previstas en la ley, las cuales afectan el derecho que la misma ley le otorga al recurrente.

Aun si se aceptara esa hermenéutica, la decisión sería anulatoria, porque la desatención de la regla fue injustificada; sus efectos podrían incidir en la decisión (asunto que no le concierne corroborar al juez, pues implicaría adentrarse en un juicio *in iudicando*) y, finalmente, comportó un desconocimiento del derecho de defensa del demandado.

La ley no dispone expresa ni específicamente que el recurrente, además de demostrar que no se le permitió ejercer un derecho o, además de evidenciar que en el proceso se desconoció una regla pactada, deba acreditar que: (i) tal violación afectó todo el proceso o (ii) que se trató de una violación grave en el sentido de que de no haberse incurrido en ella la decisión adoptada en el laudo habría sido otra.

Introducir condicionamientos que no están previstos en la ley al derecho del recurrente de pedir la nulidad del laudo, cuando no se ha respetado una regla acordada y, por ende, se ha violado su derecho a la observación del debido proceso, implica limitar ilegalmente su derecho.

Eso es lo que se hace cuando se introducen condiciones que terminan transformando un derecho del recurrente, sujeto a una simple condición: el desconocimiento de una regla, en una posibilidad sujeta a la apreciación discrecional del juez de la anulación, que será, en últimas, quien decidirá si la violación de la regla procesal acordada tiene la entidad suficiente para anular o no el laudo.

ix) Así las cosas, la demostración del desconocimiento de una regla acordada en el proceso arbitral es la condición necesaria y suficiente para declarar su anulación; el análisis de la entidad de tal desconocimiento o de las consecuencias que el mismo tuvo en la decisión no son condiciones previstas por el legislador, por el juez de la anulación no puede introducirlas para, por ese camino, negar el derecho del recurrente.

Al juez de la anulación le corresponde garantizar el cumplimiento de las reglas de procedimiento acordadas por las partes, por lo que debe ejercer su competencia examinando el contenido de las mismas, y determinando si fueron o no respetadas en el curso del proceso arbitral.

La disposición que le otorga competencia al juez de la anulación no es una norma fin, que le imponga establecer si el desconocimiento de la regla procesal tuvo o no incidencia material en el laudo. La tarea del juez de la anulación tampoco es hacer prevalecer el principio de eficacia del proceso.

Valerse de los anteriores razonamientos para no decretar la anulación del laudo, cuando resulta evidente que se desconoció una regla procesal pactada y, por tanto, se configuró la causal en los términos previstos en la ley, implica relativizar el derecho del recurrente y por este camino desconocerlo.

Transformar un derecho previsto en términos absolutos y claros, como es el de solicitar la anulación del laudo cuando se desconozca una regla procesal pactada, por un derecho condicionado en el sentido de que solo le será otorgado a las partes en la medida en que el juez estime que los principios que lo inspiraron deben ceder frente a otros principios que el mismo juez considera de mayor valor, significaría admitir que los árbitros tienen la capacidad de alterar o modular la voluntad de las partes, a pesar de que las reglas de procedimiento fueron expresamente acordadas y aceptadas por estas.

En este punto es importante destacar que los árbitros tienen una obligación consistente en garantizar y velar porque el pacto arbitral y las reglas acordadas por las partes se cumplan de forma irrestricta, sin condicionamientos de ninguna índole.

Entender que los árbitros pueden modificar a su arbitrio las reglas procesales pactadas por las partes comporta la relativización de los derechos de estas. Los tribunales arbitrales deben dar cumplimiento estricto a las reglas procesales acordadas. Cuando el árbitro desconoce esos parámetros procesales, también trasgrede el acuerdo de voluntades y, por tanto, la autonomía privada.

La posibilidad de tal alteración mina la seguridad jurídica del arbitraje, dado que las partes no quedarán sujetas a una regla procesal previamente acordada, sino al condicionamiento, por demás abierto, etéreo e indefinido, que puedan determinar los árbitros, según el cual, las reglas procesales solo será obligatorias en aquellos eventos en que aquellos estimen que el principio que las inspira tiene un peso o un valor superior a otros de los principios que deben guiar sus decisiones.

x) Además, el examen del respeto de la norma procesal pactada debe realizarse a partir del texto que la contiene. La Sala advierte que el examen del cumplimiento de las normas procesales acordadas debe hacerse teniendo en cuenta su tenor

literal en la medida en que aquellas tienen como finalidad la de establecer de manera clara y precisa cómo debe adelantarse el proceso.

Igualmente, en materia de oportunidades probatorias, la regla debe establecer también de manera clara y precisa, cuál es la oportunidad durante la cual las partes pueden aportar determinado medio probatorio, y cuáles son las condiciones necesarias para ejercer este derecho.

Una regla que regule este aspecto debe permitir su aplicación bajo criterios objetivos (evento en el que surge la oportunidad, momento en el que debe ejercerse el derecho). Por tanto, el respeto de tales reglas no pueden depender de análisis discrecionales del tribunal arbitral, porque en tal caso se afectaría el propósito fundamental de toda norma procesal, que no es otro que garantizar que las partes tengan claras las reglas de juego bajo las cuales se desarrollará el proceso.

Estas reglas deben aplicarse bajo la consideración de que su única función es regular de manera previa los derechos y oportunidades de las partes en el proceso, y deben ser respetadas de manera estricta para no afectar de ninguna manera la igualdad de tratamiento de las partes, que es la base del proceso.

Este es el alcance del mandato contenido en el artículo 91 del Estatuto Arbitral, de conformidad con el cual *“el tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*.

xi) Tratándose de una disposición procesal que persigue establecer una regla de procedimiento igualitaria (cuándo y en qué condiciones las partes pueden ejercer un derecho en el proceso), el ámbito de interpretación judicial se reduce al máximo, toda vez que no puede restringirse el derecho a un trato equitativo de las partes en relación con las oportunidades probatorias.

Lo esencial de la disposición procesal -o el ideal que ella debe perseguir- es la completa y exacta determinación de su contenido en su propio texto, para reducir el ámbito interpretativo, en aras de evitar desconocimientos a los derechos de defensa, de contradicción y al debido proceso.

xii) La doctrina advierte que los jueces en la interpretación de los textos buscan *“traducir disposiciones en normas explícitas”* o buscan *“obtener normas implícitas”*

a partir de otras normas”³³. La primera metodología que corresponde a la interpretación textual es la que debe aplicarse particularmente a las disposiciones procesales convencionales o consensuales, porque en este supuesto las partes, antes de la iniciación del proceso, determinan de forma explícita las reglas a las que habrán de sujetarse.

Estas reglas procesales y probatorias deben ser disposiciones simples con “*enunciados sintácticamente simples*” y “*con hipótesis sintácticamente unívocas*”.

xiii) Teniendo en cuenta que, tratándose de laudos arbitrales internacionales, las reglas procesales no están contenidas en una ley previa, sino en un acuerdo de voluntades, dichas reglas deben considerarse como reguladoras de obligaciones de resultado y no de medios.

Una regla que establezca cuándo puede ofrecerse una prueba debe enunciarse de manera simple (cuándo surge la oportunidad y cuándo debe ejercerse), y el incumplimiento de la misma podrá constatarse fácilmente. Esa simple verificación basta para determinar que la obligación fue incumplida o desatendida.

Definir una regla procesal como una obligación de medios implicaría, por el contrario, la necesidad de examinar la diligencia o negligencia del tribunal al aplicarla, así como establecer si tuvo en cuenta todos los parámetros que debió considerar para adoptar la decisión de negar la prueba.

Una regla procesal acordada en esos términos haría necesario incluso determinar si su violación solo se configura con la constatación de una culpa simple o de una culpa calificada (culpa grave).

Adoptar una regla de este modo generaría absoluta inseguridad en el trámite del proceso. En efecto, no sería una regla en sentido estricto, sino que se traduciría en una facultad discrecional del tribunal, al grado que podría desconocerla bajo determinados parámetros hermenéuticos y argumentativos.

En otros términos, entender el cumplimiento de las reglas procesales en el trámite de un laudo arbitral como obligaciones de medio implicaría concluir que las partes solo pueden solicitar la anulación del laudo cuando demuestren que la decisión de rechazar la prueba (i) fue equivocada o errada -bajo el parámetro abstracto de cómo debió obrar un tribunal diligente en el mismo caso- o (ii) cuando demuestren

³³ Cf. Chiassoni, op. cit. Pág. 55 y s.s.

que ella fue gravemente equivocada, a partir de los parámetros que racionalmente deben aplicarse. La regla procesal debe eliminar discrecionalidades judiciales, pues solo de esa manera, las partes pueden encontrar en ella una garantía contra la arbitrariedad y discrecionalidad del juzgador.

xiv) La regla procesal que regulaba en el caso concreto, de manera precisa, la aportación de dictámenes periciales disponía: *“Cuando alguna Parte presente un dictamen pericial preparado por un perito designado por esa Parte con el escrito de Dúplica, el Tribunal Arbitral fijará un término razonable para que la otra parte pueda controvertir ese dictamen mediante la presentación de otro dictamen”*.

La condición para que se aplicara esa regla de procedimiento era que *“alguna parte en su escrito de dúplica hubiere presentado un dictamen pericial”*, sin introducir condicionamiento alguno adicional. Por consiguiente, el Tribunal tenía el deber de fijar un término razonable para que la contraparte pudiera ejercer el derecho de contradecirlo mediante la presentación de otro dictamen de contradicción.

Aunado a lo anterior, el Tribunal desconoció el párrafo 45 de la OP1, al permitir que el consorcio convocante allegara el 14 de febrero de 2017, durante las audiencias de testimonios a los peritos, un documento de *“Corrección de los daños correspondientes al informe de indisponibilidad”*, elaborado por la firma Compass Lexecon.

En efecto, la citada disposición procesal convencional establecía: *“Después de memoriales escritos [de demandas, contestaciones, réplicas y dúplicas], no podrán formularse nuevos alegatos o presentarse nuevas pruebas documentales, declaraciones de testigos y/o periciales, ni tampoco nuevas reclamaciones o pretensiones”*.

El Tribunal Arbitral sostuvo que las correcciones de Compass Lexecon, aportadas al procedimiento el 14 de febrero de 2017, podían ser allegadas porque no contenían puntos o elementos nuevos, sino que se limitaban a efectuar correcciones a puntos de la experticia presentada oportunamente.

Por tanto, en este punto también tiene razón la sociedad recurrente, pues este dictamen no debió ser admitido, so pena de que se trasgrediera el contenido de las reglas procesales expresamente acordadas por las partes que no tenían otro propósito distinto a establecer un esquema de contradicción y de defensa convencionalmente aceptado por ambas.

La Sala advierte que con esta decisión los árbitros también desconocieron la OP1 y, por tanto, contravinieron el procedimiento previamente acordado y estipulado por las partes. Como se precisó anteriormente, el Tribunal interpretó las normas procesales contenidas en la OP1 a partir de una aparente prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal o formal, sin advertir que, por tratarse de normas procesales de naturaleza convencional no podían ser flexibilizadas en esos términos, so pena de que se pudiera alegar el desconocimiento del procedimiento acordado y, por tanto, se configurara la nulidad del laudo, por desigualdad de las partes, en los términos del artículo 91 del Estatuto Arbitral.

xv) En relación con la oportunidad probatoria del párrafo 62 de la OP1, el único presupuesto que debía cumplirse para que surgiera este deber del tribunal era que se hubiera presentado con la dúplica un dictamen pericial.

De allí que quien debía determinar si presentaba o no un dictamen de contradicción era, en este caso, las sociedades convocadas.

Las normas consagran deberes o sujeciones a las normas y facultades. En este caso, el Tribunal Arbitral no tenía la facultad de determinar si, para contradecir el dictamen presentado en la dúplica, era necesario allegar otro dictamen. El tribunal estaba obligado o compelido por la regla acordada, según la cual, presentado el dictamen con la dúplica, le correspondía otorgarle el término a la contraparte para que, si a bien lo tuviera, allegara un dictamen de contradicción.

Luego, era la contraparte la que tenía el derecho de aportar el dictamen, garantía que fue cercenada y desconocida por el Tribunal de Arbitramento.

Por tanto, eran las sociedades convocadas las que tenían la facultad de determinar si resultaba o no necesario o conveniente presentar un nuevo dictamen para contradecir el presentado por el consorcio convocante. Esa decisión era de su exclusivo resorte, ya que la norma le otorgaba un derecho, sin que pudiera el Tribunal *motu proprio* limitarlo.

Si bien es cierto que de acuerdo con la regla general contenida en el numeral 45 de la sección 3.2, luego de presentadas las dúplicas que constituían la última etapa de presentación de los escritos contentivos de las afirmaciones o posiciones de las partes, no podían presentarse más alegaciones ni más pruebas, la regla especial del parágrafo 62 de la OP1, estaba destinada a establecer la forma como

podía ejercerse el derecho de contradicción cuando en la dúplica se presentaran dictámenes periciales.

xvi) Adicionalmente, determinar la incidencia de la prueba en el laudo implicaría examinar el fondo de la decisión adoptada.

La decisión sobre el cumplimiento del acuerdo procesal se refiere a la forma como se adelantó el proceso. Es ese aspecto el que debe ser examinado por el juez de la anulación y es sobre ese punto que puede ejercer su competencia. La determinación de la existencia de esta causal implica examinar el proceso previo a la expedición de laudo y no lo resuelto en el mismo.

Determinar si el medio de prueba negado por el Tribunal irregularmente habría tenido incidencia en el laudo, o establecer si el practicado tuvo relevancia, implicaría que el juez de la anulación analizara cuál habría sido la decisión adoptada por el aquel en ese caso concreto.

Sería necesario examinar cuáles fueron los fundamentos con base en los cuales el Tribunal de Arbitramento adoptó las resoluciones, determinar si fueron considerados todos los medios probatorios, incluyendo los irregularmente admitidos; establecer cuál podría haber sido el objeto del medio probatorio denegado; suponer qué podría haberse demostrado con el mismo y calcular si la demostración de esta circunstancia habría tenido incidencia en la decisión.

Ese análisis no podría efectuarse simplemente a partir de una lectura de las consideraciones de laudo para, a partir de ellas, determinar si tales medios probatorios hubieran tenido incidencia en el fondo de la decisión.

La estructura del laudo, que se determina antes de redactar sus consideraciones, debe incorporar *“todo el material probatorio allegado al expediente”*. Para hacerlo, se definen cuáles medios deben ser valorados por cumplir los requisitos legales; cuáles sustentan las posiciones de cada una de las partes; cuáles las contradicen; cuál es el mérito o fuerza de convicción que ellos tienen en relación con el objeto de la decisión, y cuál es la importancia o relevancia que tiene cada uno de esos medios de convicción.

Esta consideración, junto con todas las relativas al orden de estudio de las peticiones de las partes, y a la determinación de los aspectos sobre los cuales debe centrarse la atención, así como de aquellos que resultan accesorios o

irrelevantes, es lo que determina cómo se exponen las motivaciones que sustentan la decisión.

Analizar si un medio indebidamente admitido, y sobre todo uno no practicado, habría tenido incidencia en la decisión, implicaría pronunciarse no solo sobre las motivaciones probatorias del mismo, sino sobre la estructura misma de la decisión, para determinar cómo podría haberse fundamentado y decidido el laudo si se hubieren considerado o dejado de considerar determinados medios de prueba.

Ese estudio le está vedado al juez de la anulación, puesto que a él le corresponde determinar cómo se desarrolló el proceso adelantado antes de la adopción del laudo. No le corresponde examinar cuáles fueron los fundamentos de la decisión.

El artículo 107 del estatuto arbitral con toda claridad dispone: *“Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, 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”*.

Entonces, si el juez de la anulación no puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia ni calificar “los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”, como lo dispone el artículo 107 del Estatuto Arbitral, es claro que no podría establecer la incidencia en el laudo de un medio probatorio irregularmente admitido o negado en el proceso. Sus consideraciones deben estar dirigidas simplemente a constatar si la norma procesal acordada fue respetada en el curso del proceso, al admitir o denegar el medio de prueba ofrecido por las partes.

En otros términos, la sola constatación de una trasgresión o desconocimiento de una regla probatoria por parte del tribunal permite invalidar el laudo arbitral internacional, sin que esa específica circunstancia constituya un sacrificio de la justicia material, como se explicará más adelante.

La afirmación de la Corte Suprema de Justicia de que la violación del proceso *“recaiga sobre todo el trámite y no de una actuación determinada”* para que pueda considerarse que *“el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes”*, no está desarrollada sobre el texto normativo y carece de fundamento que la sostenga. La causal de anulación materia de análisis se refiere al procedimiento y

ese procedimiento no se ajusta a lo pactado cuando en su aplicación se desconoce cualquiera de las reglas que lo conforman.

En este caso, el trámite se acuerda por las partes, y la anulación opera cuando se desconocen las reglas que regulan cómo y cuándo deben ejercerse los derechos de aquellas.

El análisis de la incidencia de la irregularidad en la decisión de fondo -en este caso particular de la prueba no decretada o de la recibida por fuera de la oportunidad prevista-, puede tener cabida en la acción de tutela, por defecto fáctico, e inclusive, en la acción de nulidad de los actos administrativos, pues en tales acciones se exige al demandante que acredite que la prueba no decretada en la actuación administrativa tuvo incidencia en la decisión, para proceder a la invalidación solicitada.

En esas acciones, la incidencia de la prueba es importante porque lo que es objeto de examen, tanto en la acción de tutela como en la acción de nulidad, es la legalidad de la decisión, en otros términos se valora y juzga el contenido de la providencia o del acto administrativo atacados.

La decisión -la sentencia proferida o el acto administrativo- se examina para determinar si lo dispuesto en ella es válido o inválido, pues puede ocurrir, por ejemplo, que lo que se concluya es que la decisión estuvo fundada en muchas otras pruebas, razón por la cual, el medio de convicción que se dejó de practicar no la habría modificado.

En el caso de la anulación, al juez extraordinario le está vedado pronunciarse sobre la decisión de fondo del proceso. En efecto, no tiene competencia para determinar si la decisión que se adopta en el mismo está de acuerdo con la ley y menos si dicha decisión puede considerarse como una vía de hecho que es lo que determina el juez constitucional a través de la acción de tutela.

Por tal razón, si en ese caso puede justificarse la necesidad de estudiar la incidencia de la prueba en la decisión, este análisis no debe hacerse en sede del recurso de anulación de un laudo arbitral porque, se insiste, ello implicaría tener que estudiar de fondo de la decisión.

xvii) Además de los anteriores motivos y razonamientos, es posible sostener, de acuerdo con la doctrina y la legislación interna y comparada, que la causal de anulación debe ser estudiada de conformidad con el contenido y alcance de la

legislación aplicable a cada caso concreto y, adicionalmente, con el respeto y apego de la voluntad de las partes.

En relación con el contenido y alcance de la causal de anulación objeto de análisis, la jurisprudencia y doctrina internacionales no han establecido o fijado un criterio unívoco que permita determinar si para la anulación del laudo es necesario que se demuestre, adicionalmente al desconocimiento del procedimiento convenido por las partes, la incidencia efectiva y sustancial que tuvo esa circunstancia en el mismo.

Ejemplo de ello es la dicotomía que existe en las distintas legislaciones de los países del mundo; algunas, fundamentadas en la Convención de Nueva York y en la Ley modelo CNUDMI, han precisado que no es necesario verificar la incidencia material, sustancial y grave del error procedimental en el laudo; mientras que otras han incorporado el criterio de algunos Tribunales y Comisiones -así como la posición del tratatista Gary Born-, según la cual es necesario que el incumplimiento del procedimiento por parte de los árbitros sea sustancial y grave, lo que significa que para determinar su materialidad es preciso definir su incidencia en el laudo final.

No existe un criterio unívoco sobre esta causal de anulación en la doctrina y legislación comparada, en efecto, los artículos V(1)(d) de la Convención de Nueva York y 34(2)(iv) -que inspiraron la redacción y aprobación del Estatuto Arbitral Colombiano- se limitan a señalar que *“solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia... [si la parte prueba que] el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”* y *“[cuando la parte pruebe que] el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes”*, respectivamente.

Los citados artículos de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de la CNUDMI no solo inspiraron al Estatuto Arbitral colombiano, sino a una gran cantidad de legislaciones a nivel mundial. A modo simplemente ilustrativo, se pueden analizar los siguientes artículos: 41(1)(d) de la Ley de Arbitraje española³⁴; 1457(1)(d) del Código de Comercio mexicano (cuyo título cuarto se

³⁴ “Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
(...)

d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

dedica al arbitraje comercial tanto nacional, como internacional)³⁵; 34(2)(a)(v) de la Ley Arbitral india³⁶ y 44(1)(vi) de la Ley Arbitral japonesa³⁷.

De otra parte, existen legislaciones que han establecido la necesidad de que el juez de la anulación establezca el impacto material grave y sustancial en el laudo, del incumplimiento de los árbitros al procedimiento acordado o convenido entre las partes. Al respecto, se pueden consultar los estatutos arbitrales de Bélgica y Holanda.

En efecto, el tratadista Gary Born ha puntualizado sobre el particular:

Un gran número de autoridades han sostenido que un laudo no puede ser anulado por irregularidad procesal, a menos de que pueda demostrarse que la violación del procedimiento tuvo un efecto material en el proceso arbitral o en la decisión del tribunal (...). A pesar de lo anterior, la aproximación correcta es que, por regla general, el laudo solo debe ser anulado si el error procedimental del tribunal tuvo efecto material en el proceso arbitral o en el resultado del laudo arbitral; la denegación indebida de una oportunidad para ser oído en un punto secundario no debe ser suficiente causal de anulación de un laudo válido en todo lo demás. Este requerimiento es expreso en las leyes de arbitraje de algunos países y ha sido adoptado vía jurisprudencial en otras jurisdicciones³⁸.

La Ley Arbitral inglesa corresponde a un ejemplo de lo anterior. Su artículo 68³⁹ dispone que el incumplimiento por parte del Tribunal del deber de conducir el

³⁵ "Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.
I.- La parte que intente la acción pruebe que:

(...)

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título."

³⁶ "34. Application for setting aside arbitral award

(...)

(2) An arbitral award may be set aside by the Court only if -

(a) the party making the application furnishes proof that -

(...)

(v) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Part from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Part".

³⁷ Article 44

(1) If any of the following grounds exist, the parties may file a petition with the court to set aside the Arbitral Award:

(...)

(vi) the composition of the Arbitral Tribunal or the arbitration procedure is in violation of Japanese laws and regulations (if the parties have reached an agreement on the matters concerning the provisions unrelated to public order in such laws and regulations, said agreement)".

³⁸ Cf. BORN, Gary "International Commercial Arbitration", Second Edition, Ed. Kluwer Law International, 2014, pág. 3163 y 3393.

³⁹ "68.

(1) Una parte de un proceso arbitral puede (previa notificación a las otras partes y al Tribunal) solicitar a la Corte que anule un laudo con base en una irregularidad grave que afecte al Tribunal, al procedimiento o al laudo.

(...)

procedimiento conforme al acuerdo de las partes es una causal de anulación del laudo, pero, únicamente, cuando este hubiera sido afectado por una irregularidad grave, que provocara una injusticia sustancial al recurrente.

En la misma línea que la ley inglesa, el Código Judicial de Bélgica establece en su artículo 1717(3)(a)(ii)⁴⁰ que un laudo arbitral puede ser anulado si se produce un incumplimiento del procedimiento, pero solo en el caso en que dicho incumplimiento hubiera incidido en el laudo. Por último, el Código de Procedimiento Civil⁴¹ de Holanda también limita la referida causal a incumplimientos graves por parte del Tribunal.

Adicionalmente, incluso en los casos en los que la legislación aplicable no se contempla expresamente la condición de estudiar la gravedad o materialidad del incumplimiento de la ley procesal a efectos de decidir sobre la prosperidad de la

(2) Una irregularidad grave corresponde a una irregularidad de uno o más de los siguientes tipos que la Corte considere que ha causado o causará una injusticia sustancial al recurrente:

(...)

(c) incumplimiento del Tribunal del deber de conducir el procedimiento de acuerdo con el procedimiento acordado por las partes” [Traducción propia]

“(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award.

(...)

(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant—

(...)

(c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties”.

⁴⁰ Artículo. 1717

§ 3. El laudo arbitral solo puede ser anulado si:

(a) la parte recurrente prueba:

(...)

(ii) que no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o no se ha seguido el procedimiento arbitral o no ha podido, por otra razón, hacer valer sus derechos; en este caso, sin embargo, no puede haber anulación si se establece que la irregularidad no tuvo incidencia en el laudo arbitral” [Traducción propia]

“Art. 1717

§3. La sentence arbitrale ne peut être annulée que si:

a) la partie en faisant la demande apporte la preuve:

(...)

ii) qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; dans ce cas, il ne peut toutefois y avoir annulation s'il est établi que l'irrégularité n'a pas eu d'incidence sur la sentence arbitrale”.

⁴¹ Artículo 1065

(1) Un laudo solo puede ser anulado por uno o más de los siguientes motivos:

(...)

(c) el tribunal arbitral no cumplió con su mandato;

(...)

(4) El motivo mencionado en el párrafo (1)(c) no constituirá un motivo de anulación si el incumplimiento del mandato no es de naturaleza grave”. [Traducción propia] “Article 1065

(1) An award may only be set aside on one or more of the following grounds:

(...)

(c) the arbitral tribunal did not comply with its mandate;

(...)

(4) The ground referred to in paragraph (1)(c) shall not constitute a ground for setting aside if the deviation from the mandate is not of a serious nature”.

causal, existen varias sentencias de anulación de laudos arbitrales comerciales internacionales en los que se ha aplicado la referida subregla.

Los siguientes casos son ejemplos de lo anterior: *Williams v. Nat'l Football League*⁴², en el cual el Tribunal permitió la emisión del Laudo después del límite de tiempo especificado, ya que no se provocó un perjuicio sustancial a las partes; *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*⁴³, que afirmó que era “*apropiado anular un laudo basado en una violación del procedimiento solo si dicha violación produjo un perjuicio sustancial a la parte recurrente*”; *Dan River, Inc. v. Cal-Togs, Inc.*⁴⁴, según el cual para anular un laudo debía demostrarse un efecto del incumplimiento de las normas procesales sobre los “*derechos sustantivos*” de las partes; *Rhéaume v. Société d'Investissements L'Excellence Inc.*⁴⁵, que estableció que, para la prosperidad de la causal de anulación, debía “*determinar si el incumplimiento e[ra] de tal naturaleza que socava[ba] la integridad del proceso y evaluar hasta qué punto la infracción tuvo alguna relación con el laudo mismo*” y *Tusculum BV v. Louis Dreyfus Holding SAS*⁴⁶, que destacó que la anulación del laudo requería una violación material de las reglas de procedimiento “*para evitar la trivialización de la revisión judicial en casos de violación menor del procedimiento*”⁴⁷.

xviii) En el caso colombiano, el legislador no diferenció y, por tanto, circunscribió la causal de anulación a la violación de la norma de procedimiento, sin que sea necesario acreditar que el desconocimiento tuvo incidencia o consecuencias en el laudo final.

Esta hermenéutica se ve reforzada, además, por la lógica y tradición que ha imperado en Colombia en relación con la prohibición de los árbitros de juzgar yerros *in iudicando* del laudo.

Luego, de aceptarse que para la procedencia de la causal de anulación es necesario que se acredite la incidencia que tuvo el desconocimiento de la norma de procedimiento en el laudo final, se tendría que admitir que correspondería al Consejo de Estado definir si ese vicio de procedimiento tuvo incidencia en el sentido de la decisión, análisis típico de un error sustancial, ajeno por completo a

⁴² 2012 WL 2366636 (D. Colo.).

⁴³ 190 F.Supp.2d 936, 945 (SD Tex. 2001).

⁴⁴ 451 F.Supp. 497, 501-02 (S.D.N.Y. 1978).

⁴⁵ [2010] QCCA 2269, 61 (Québec Ct. App.).

⁴⁶ [2008] QCCS 5904, 129 (Québec Super. Ct.).

⁴⁷ BORN Gary, “*International Commercial Arbitration*”, 2ª ed, Kluwer Law International, 2014. P. 3268.

la filosofía del recurso que tiene por objetivo principal advertir errores *in procedendo*.

xix) La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta causal permite proteger el carácter voluntario del arbitramento, de modo que el laudo se anulará cuando se pretermite el trámite o se subvierta el procedimiento, lo que implique una afectación de las garantías de las partes⁴⁸:

La ley permite la invalidación cuando «la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes... o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley» (literal d. del numeral 1 del artículo 108 de la ley 1563).

De esta forma se protege el carácter voluntario del arbitramento, que se expresa no sólo en el sometimiento a éste, sino también en la definición de las formas que han de observarse para desatar las controversias, las cuales se tornan obligatorias para proteger los intereses de las partes.

Dicho procedimiento será el establecido en el pacto arbitral o en acuerdo posterior, bien sea de forma directa o por remisión al reglamento de una institución administradora, o subsidiariamente, el que considere adecuado el tribunal arbitral, conforme a las prescripciones de los artículos 92 y siguientes de la ley arbitral, siempre que se garantice un trato equitativo a las partes y se les permita hacer valer sus derechos en el proceso (artículo 91).

La anulación se abrirá paso cuando se pretermite el trámite, incluida la conformación del tribunal, siempre que los yerros sean sustanciales, por subvertir el procedimiento o afectar las garantías de los sujetos partícipes, en tanto las demás pifias deben corregirse dentro de la actuación, amén de la flexibilidad que caracteriza este tipo de actuaciones.

Como se advierte, para la Corte Suprema de Justicia el vicio se configura con independencia de la incidencia que pudo tener en el sentido del laudo final. Entonces, lo determinante para la configuración de la causal es que los árbitros no se hubieren ajustado al convenio de las partes, salvo que el acuerdo estuviera en conflicto con una disposición imperativa del Estatuto Arbitral.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 26 de septiembre de 2018, exp. 2016-03020, sentencia n.º SC001-2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

xx) Igualmente, esta conclusión encuentra fundamento en el brocardo, “*donde el legislador no distinguió le está prohibido al intérprete hacerlo*” (*ubi lex non distinguit, nec distinguere debemus*). Conforme a este principio, si el legislador no incluyó como condición para la procedencia de la causal de anulación, la incidencia material en el laudo en virtud del desconocimiento de la norma de procedimiento, mal haría esta Corporación en adicionar -vía hermenéutica- la norma para hacer depender la anulación de que el recurrente demostrara esa circunstancia.

Si la intención del legislador hubiera sido que para la materialización de la causal de anulación objeto de análisis se acreditara la incidencia formal y sustancial en el laudo final, habría introducido de manera expresa esa condición, tal y como ocurre en otros sistemas de derecho comparado.

xxi) Las partes acordaron expresamente las reglas de procedimiento en la OP1, motivo por el cual esas estipulaciones probatorias se integraron al pacto arbitral.

En otros términos, las normas y disposiciones contenidas en la OP1 no pueden ser apreciadas como simples reglas procesales que podrían ser objeto de análisis a la luz del principio de la prevalencia del derecho material sobre el formal, como lo sostiene la parte convocante.

Cuando las partes acuerdan las normas de procedimiento, ese consentimiento configura una convención y, por tanto, un negocio jurídico. Por consiguiente, los árbitros, en virtud del principio de voluntariedad y habilitación, quedan vinculados indefectiblemente a garantizar la aplicación de las estipulaciones de las partes, so pena de que se genere un vicio en las decisiones arbitrales.

Lo anterior no quiere significar que la Sala otorgue prevalencia a la teoría contractualista del arbitraje comercial internacional, sino que reconoce la importancia que tiene para el arbitramento internacional los postulados de equidad e igualdad de trato y de oportunidades, principio estructural reconocido en el artículo 91 del Estatuto Arbitral⁴⁹.

El artículo 92 del Estatuto Arbitral preceptúa que las partes podrán convenir el procedimiento arbitral directamente o por referencia a un reglamento arbitral. En el caso concreto, las partes acordaron el procedimiento y definieron expresamente que las lagunas o vacíos se llenarían con aplicación de las disposiciones del

⁴⁹ “*El tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”.

reglamento de arbitraje internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En ese orden de ideas, las reglas de procedimiento en el *sub lite* hicieron parte de ese *continuum* que se desprendía del principio de voluntariedad y habilitación, contenido tanto en la cláusula compromisoria del contrato RP3, como del artículo 92 del Estatuto Arbitral.

En tal virtud, no es posible considerar el párrafo 62 de la OP1 como una norma instrumental cuyo desconocimiento podría valorarse en términos estrictamente procesales o adjetivos. Por el contrario, esa norma se integró a un acuerdo de voluntades o convención, de allí que su desconocimiento por el tribunal arbitral constituyó un incumplimiento o desatención del negocio jurídico habilitante.

En efecto, el tratadista Gary Born ha hecho énfasis en que el arbitraje comercial internacional es natural y fundamentalmente contractual⁵⁰. En igual sentido, el profesor Roque Caivano precisó: *“El acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos”*⁵¹.

La Sala comparte la posición doctrinal según la cual, algunas causales del recurso de anulación de laudos internacionales tienen como finalidad proteger y velar por la ejecución del pacto arbitral, por lo que deben ser estudiadas desde una perspectiva eminentemente comercial o contractual, sin valoración procesal o *ius publicista*⁵²:

Usualmente se considera que el recurso de anulación sirve para proteger garantías procesales. Esa visión encaja en la idea de que el convenio arbitral es contractual, pero la tramitación del arbitraje es procesal (...) Consideramos que esa visión es equivocada. La posición que consideramos correcta radica en que el recurso de anulación es la forma de proteger y ejecutar el convenio arbitral. Es la forma como se garantiza que la existencia y los términos del acuerdo arbitral sean respetados.

(...) Sin duda, lo hecho por los árbitros es revisable. Pero es revisable para velar que se respetó lo pactado y si lo pactado respetó la Ley. Es revisable, en los aspectos que conciernen al convenio arbitral -no al tema de fondo-, de manera posterior a la emisión del laudo. Es revisable como un juez puede pronunciarse sobre cómo se ejecutó un contrato -por ejemplo para verificar si hubo incumplimiento- y no como corte de apelación que puede pronunciarse sobre lo que hizo un juzgado de primera instancia.

⁵⁰ BORN, Gary Ob. Cit. Pág. 1133.

⁵¹ CAIVANO, Roque “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en: AAVV “Lima Arbitration”, Vol. 1, 2006, Pág. 122.

⁵² BULLARD G., Alfredo “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”, en: AAVV “Revista Internacional de Arbitraje”, Ed. Legis, Julio-Diciembre 2013, pág. 76 a 78.

La aparente protección del proceso es en realidad la protección de que ese procedimiento, seguido en ejecución del convenio, se basa en el acuerdo y se ejecute de acuerdo a lo pactado y a la Ley.

En criterio de la Sala, el numeral d) del numeral 1 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 contiene una causal de anulación de naturaleza típicamente contractual. Lo anterior, por cuanto al juez extraordinario le compete definir si (i) la composición del tribunal y/o (ii) el procedimiento arbitral se ajustaron a lo convenido entre las partes.

Como consecuencia, en esta causal se determina la constitución del tribunal y el procedimiento arbitral a partir de los acuerdos de las partes, no a partir de normas procedimentales. En otros términos, a la luz del convenio o pacto arbitral, es decir, desde una perspectiva propia del negocio jurídico.

Por consiguiente, tratándose de la OP1 resultaban aplicables los criterios hermenéuticos propios de los contratos, específicamente, los que determinan que *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”* y *“el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*.

En virtud del análisis anterior, la Sala declarará fundado el recurso de anulación, por cuanto quedó demostrado que el Tribunal Arbitral desatendió lo convenido expresamente por las partes en relación con las oportunidades probatorias del trámite arbitral, lo que implicó una grave trasgresión del párrafo 62 de la OP1, así como del artículo 91 de la Ley 1563 de 2012.

El artículo 110 del Estatuto Arbitral regula los efectos de la decisión anulatoria. El inciso segundo de la norma dispone que cuando prospere alguna de las causales señaladas en el numeral 1, literales b), c) y d) del artículo 108, se declarará la nulidad del laudo, sin que ello perjudique o invalide el acuerdo de arbitraje.

Por tanto, la Sala anulará el laudo arbitral final del 4 de diciembre de 2017, sin que esta decisión tenga incidencia sobre la existencia, validez ni oponibilidad del acuerdo arbitral contenido en la cláusula trigésima primera del Contrato RP3 de 2010.

Teniendo en cuenta que el recurso de anulación prosperó, la Sala queda relevada de estudiar las causales de oficio de anulación, de que trata el numeral 2 del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

9. Costas y agencias en derecho

El citado numeral 4 del artículo 109 de la Ley 1563 de 2012 preceptúa que si no prospera ninguna de las causales invocadas, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente, salvo cuando el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público. En el caso concreto, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente, puesto que el recurso de anulación prosperó en su integridad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR FUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P., contra el laudo comercial internacional del 4 de diciembre de 2017.

SEGUNDO. Como consecuencia, **ANULAR** el laudo arbitral internacional final del 4 de diciembre de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Sin costas en el recurso extraordinario de anulación.

CUARTO. En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente
Con salvamento de voto

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

NICOLÁS YEPES CORRALES

ARBITRAJE INTERNACIONAL - Las partes fijan las reglas de procedimiento / REGLAS PROCEDIMENTALES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL - Se aplican las reglas de la interpretación de los contratos / CAUSAL DE ANULACIÓN POR DESCONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EN ARBITRAJE INTERNACIONAL - Debe acreditarse una violación sustancial que afecte el acuerdo de las partes / OMISIÓN PROBATORIA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL - Debe incidir directamente en la decisión

La sentencia de la que me aparto, al aplicar la causal del numeral 1) literal d) del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, según la cual es procedente la anulación del laudo cuando el procedimiento arbitral no se ajusta al acuerdo de las partes, dice que “interpretó” lo acordado por las partes. Ello no así. La Sala no solo desconoció lo pactado, sino que trasgredió la norma legal que regula la causal de anulación.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 NUMERAL 1 LETRA D

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - Faculta a las partes definir las reglas procedimentales para dirimir las controversias / TEORÍA CONTRACTUALISTA - Debe seguirse y no las normas procesales / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - El Consejo de Estado debió interpretar el procedimiento convencional acordado por las partes

El arbitraje internacional comercial faculta a las partes para definir las reglas que el Tribunal deberá seguir para resolver la controversia. Esa nota distintiva, derivada del origen convencional de esas reglas, impone que para fijar su sentido deban seguirse los criterios de interpretación de los contratos y no los de las reglas procesales que son de orden público. Esto quiere decir que el contenido de la causal de anulación, no se limita a una aplicación “automática” de la norma legal que la contiene, sino que dependerá de lo que las partes hubieren pactado y, por ende, de la relevancia que tiene la regla para efectos de establecer qué tipo de violación de ese procedimiento va en contra la voluntad de las partes del contrato. (...) El Consejo de Estado tenía el deber de interpretar el procedimiento acordado no como una regla procedimental usual (imperativa y de orden público), sino como un “procedimiento convencional” para establecer qué tipo de regla se desconoció, cuál fue el alcance que las partes le dieron y el efecto que tuvo en la decisión arbitral.

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Si la simple omisión no tiene ningún efecto, anular el laudo es desconocer la voluntad de las partes de querer que su conflicto sea resuelto en los términos en que lo acordaron cuando suscribieron el pacto arbitral / SEGURIDAD JURÍDICA / CONFIANZA INSTITUCIONAL - Genera ambiente de inversión / TEORÍA CONTRACTUAL / AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES / PROCEDIMIENTO ARBITRAL - Era menester determinar la incidencia de la omisión probatoria y dar prevalencia al acuerdo entre las partes

En esa tarea, el juez del recurso de anulación debía determinar si la decisión del Tribunal Arbitral de no aplicar el párrafo 62 de la OP1, afectó el objeto mismo del contrato por impedir que los árbitros decidieran las controversias de acuerdo con lo convenido por ellas. Y para tal efecto, debía establecer si la prueba no practicada hubiera tenido incidencia en la decisión final, pues solo así podía haberse establecido si respetó la voluntad de los contratantes. En caso contrario, esto es, que la prueba no tuviera -como en este proceso- incidencia alguna en la decisión final, no habría vulneración alguna que justificara anular el laudo. (...)

Cuando la circunstancia sea a la omisión sobre el decreto y práctica de pruebas, el error supone, además, que se debe probar que la decisión sería distinta, es decir, que practicada la prueba la conclusión de los árbitros hubiese sido otra. Si la simple omisión no tiene ningún efecto, anular el laudo es desconocer la voluntad de las partes de querer que su conflicto sea resuelto en los términos en que lo acordaron cuando suscribieron el pacto arbitral. (...) La seguridad jurídica, la confianza institucional y la certidumbre de una resolución definitiva de las controversias no son sólo punto de partida y parte esencial de la vida en democracia, sino también factores determinantes para un ambiente de inversión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714)

Convocante: CONSORCIO CHINA UNITED ENGINEERING y DONFANG TURBINE CO. LTDA. “CONSORCIO CUC-DTC”

Convocado: GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE-GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Las partes fijan las reglas de procedimiento. REGLAS PROCEDIMENTALES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL-Se aplican las reglas de la interpretación de los contratos. CAUSAL DE ANULACIÓN POR DESCONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO EN ARBITRAJE INTERNACIONAL-Debe acreditarse una violación sustancial que afecte el acuerdo de las partes. OMISIÓN PROBATORIA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL-Debe incidir directamente en la decisión.

SALVAMENTO DE VOTO

No estoy de acuerdo con la sentencia de 27 de febrero de 2020, que declaró fundado el recurso de anulación contra el laudo comercial internacional de 4 de diciembre de 2017.

1. La sentencia de la que me aparto, al aplicar la causal del numeral 1) literal d) del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, según la cual es procedente la anulación del laudo cuando el procedimiento arbitral no se ajusta al acuerdo de las partes, dice que “interpretó” lo acordado por las partes.

Ello no así. La Sala no solo desconoció lo pactado, sino que trasgredió la norma legal que regula la causal de anulación.

Así, por ejemplo, en el numeral (xi) del fallo se afirmó que “*tratándose de una disposición procesal*”, en relación con el trámite pactado por las partes, “*el ámbito*

de interpretación judicial se reduce al máximo” (pág. 97). Adujo que la sola “demostración del desconocimiento de una regla acordada en el proceso arbitral es la condición necesaria y suficiente para declarar su anulación” (pág. 94). Según la mayoría el pacto de las partes otorga un derecho absoluto y claro “como es solicitar la anulación del laudo cuando desconozca una regla procesal pactada” (pág. 95).

El arbitraje internacional comercial faculta a las partes para definir las reglas que el Tribunal deberá seguir para resolver la controversia. Esa nota distintiva, derivada del origen convencional de esas reglas, impone que para fijar su sentido deban seguirse los criterios de interpretación de los contratos y no los de las reglas procesales que son de orden público. Esto quiere decir que el contenido de la causal de anulación, no se limita a una aplicación “automática” de la norma legal que la contiene, sino que dependerá de lo que las partes hubieren pactado y, por ende, de la relevancia que tiene la regla para efectos de establecer qué tipo de violación de ese procedimiento va en contra la voluntad de las partes del contrato.

El objeto del pacto arbitral es sustraerse de la justicia institucional para que sean los árbitros, en el caso del arbitraje internacional bajo las reglas establecidas por los contratantes, quienes resuelvan un conflicto. Bajo este entendimiento, el juez del recurso debe interpretar el contrato en cuanto a las reglas de trámite convenidas por las partes, con el fin de desentrañar cuál de esas violaciones afecta sustancialmente la decisión y cuál incumplimiento de esas reglas no tiene ningún efecto sobre la finalidad pretendida (resolver el conflicto) y, por ende, debe mantenerse en firme el laudo proferido.

En la cláusula trigésima del contrato, las partes acordaron expresamente que el negocio jurídico estaría regido por la ley colombiana. De modo que las normas civiles gobernaban el pacto de las partes y, por ende, las reglas mismas de procedimiento fijadas por ellas.

De ahí que el incumplimiento contractual, que activa la posibilidad de resolver el contrato debe revestir entidad y trascendencia. La infracción del contrato debe ser significativa para el acuerdo, de manera que se rompa la simetría negocial y se afecte sustancialmente el interés de las partes (art. 1546 C.C.). La buena fe impone no romper el contrato por incumplimientos irrelevantes, pues esa conducta atenta contra los deberes de corrección propios en las relaciones negociales.

Con esta misma perspectiva, la Ley 518 de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas en materia de compraventa de mercaderías internacionales,

dispone que para resolver el contrato el incumplimiento de las obligaciones debe ser “*esencial*”.

Por ello, como se trata de un contrato, el incumplimiento de las reglas de procedimiento acordadas por las partes debe afectar de manera sustancial la controversia, es decir, debe tener incidencia en la forma en que se produce el laudo arbitral. Así, no existe ningún derecho absoluto e ilimitado a exigir la anulación de la decisión y menos soportado en cualquier clase de irregularidad, irrelevante o insignificante, pues ello contraviene la naturaleza misma del acuerdo.

Si las partes no pueden resolver el contrato sino ante el incumplimiento grave de las obligaciones, el juez del recurso de anulación debe tener la misma restricción. El Consejo de Estado tenía el deber de interpretar el procedimiento acordado no como una regla procedimental usual (imperativa y de orden público), sino como un “procedimiento convencional” para establecer qué tipo de regla se desconoció, cuál fue el alcance que las partes le dieron y el efecto que tuvo en la decisión arbitral.

2. Según la mayoría, medir el efecto que tendría la prueba no practicada contraviene la naturaleza del recurso de anulación, pues el yerro que se analiza es de tipo procedimental.

A mi juicio, el juez de la anulación, al evaluar la incidencia de la prueba omitida, no decide la controversia. Se contrae a verificar cuál es su relevancia en la decisión proferida y si tenía la posibilidad de alterarla. Lo que sí desnaturaliza el rol del juez de anulación -como sucedió en este caso- es impedir la efectividad del pacto arbitral por circunstancias que no tienen efecto alguno sobre la decisión final de la controversia.

En el pacto arbitral y en las órdenes de procedimiento no se acordó que cualquier desconocimiento de las reglas de trámite pactadas generara la nulidad de la decisión arbitral. Tampoco se puede inferir que esa fuera la voluntad no expresada formalmente por las partes. No es cierto que las partes pactaran expresamente en términos absolutos y claros que cualquier violación de los procedimientos viciaría el laudo arbitral. Correspondía al juez del recurso desentrañar su voluntad, para definir la procedencia o no de la anulación por la causal invocada.

En esa tarea, el juez del recurso de anulación debía determinar si la decisión del Tribunal Arbitral de no aplicar el párrafo 62 de la OP1, afectó el objeto mismo del contrato por impedir que los árbitros decidieran las controversias de acuerdo con

lo convenido por ellas. Y para tal efecto, debía establecer si la prueba no practicada hubiera tenido incidencia en la decisión final, pues solo así podía haberse establecido si respetó la voluntad de los contratantes. En caso contrario, esto es, que la prueba no tuviera -como en este proceso- incidencia alguna en la decisión final, no habría vulneración alguna que justificara anular el laudo.

Para la mayoría (num. iv) el juez del recurso de anulación tiene “*amplias competencias*” (pág. 92) pues la ley otorga a las partes libertad para estipular las reglas procedimentales. Sin embargo, termina por convertir al Consejo de Estado en un “notario” encargado de establecer cualquier violación del procedimiento acordado -por irrelevante que sea- y sin importar su trascendencia o sus efectos para anular el laudo recurrido: ¿Tiene algún sentido anular un laudo, para que los árbitros decidan la controversia de nuevo en el mismo sentido?

3. Ni siquiera en la interpretación de la ley procesal, que sí es de orden público, la Sala está autorizada a apelar a un entendimiento tan rígido y alejado de la finalidad del proceso judicial. La Ley procesal interna está diseñada para garantizar la efectividad del derecho sustancial, de manera que los defectos sin incidencia en la decisión no son tenidos en cuenta al momento de resolver el conflicto.

Sorprende la facilidad con la que la Sala cambia de criterios y raceros. En eventos en los que la ley procesal interna debe acatarse para garantizar la efectividad del derecho sustancial de las partes, como los relativos a la carga de la prueba o la validez del traslado de medios probatorios -que tienen que ver con el derecho de defensa-, no tiene reparo en “flexibilizar” la regla. Y, en otros como este, concluye que cualquier violación al trámite acordado por las partes genera un “derecho absoluto” a la nulidad del laudo, sin importar la magnitud y la incidencia de ese hecho en la decisión.

La Corte Suprema de Justicia -como juez de anulación de laudos internacionales y cuya interpretación reprocha la Sala (pág. 93)- ha dicho que la procedencia de la causal requiere que la desatención del procedimiento no tenga justificación alguna, corresponda a la desatención íntegra del proceso⁵³, o se trate de un desconocimiento sustancial que afecte los derechos de las partes⁵⁴.

⁵³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 11 de julio de 2018, Rad. 2017-0348, n.º SC5677-2018 [fundamento jurídico 5.3.4.].

⁵⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 19 de diciembre de 2018, Rad. 5677-2018 [fundamento jurídico 5.3.].

Cuando la circunstancia sea a la omisión sobre el decreto y práctica de pruebas, el error supone, además, que se debe probar que la decisión sería distinta, es decir, que practicada la prueba la conclusión de los árbitros hubiese sido otra. Si la simple omisión no tiene ningún efecto, anular el laudo es desconocer la voluntad de las partes de querer que su conflicto sea resuelto en los términos en que lo acordaron cuando suscribieron el pacto arbitral.

4. No invoco doctrina como tampoco jurisprudencia foránea en mi tarea judicial. Por tratarse del primer arbitraje internacional, que es estudiado en el Consejo de Estado, me veo obligado a hacerlo.

La Ley 1563 de 2012 quiso poner a tono la legislación con las normas internacionales a fin de unificar y homogenizar las reglas de interpretación y aplicación en materia de comercio internacional. Se ha reconocido que el sistema de ejecución de laudos arbitrales contenido en la Convención de Nueva York, cuya causal es exactamente la misma que la contenida en el numeral 1 literal d del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, no ofrece un parámetro cierto en cuanto a cuáles son las reglas de procedimiento cuya inobservancia supone el rechazo de la ejecución del Laudo. Sin embargo, hay consenso en cuanto a que no se configura por violaciones de menor entidad.

La jurisprudencia internacional ha reconocido que ese desconocimiento debe afectar de manera grave o causar un *perjuicio sustancial* y en materia de probatoria, ese error solo justifica la no ejecución de la decisión, en el caso de que las pruebas resultaran relevantes porque inciden directamente en el laudo arbitral⁵⁵. En igual sentido se ha pronunciado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, al exigir que las decisiones deben responder a errores de cierta gravedad para que proceda la anulación del laudo.⁵⁶

5. ¿Hay motivo para adoptar un criterio distinto al que ha fijado la Sala para la causal 5 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 para laudos nacionales por haberse negado una prueba pedida oportunamente, en cuanto dicha omisión debe tener incidencia en la decisión⁵⁷?

⁵⁵ Cfr. Corte del Distrito de Columbia, 29 de mayo de 1992, *Compagnie des Bauxites de Guinée vs. Hammermills Inc*; Corte de Justicia de Queen's, 20 de enero de 1997, *China Agribusiness Developement Corporation vs. Balli Trading*; Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 14 de septiembre de 2007. Corte del Distrito del Sur de Texas de 4 de diciembre de 2001 *Karaha Bodas Company. L.L.C vs Perusahaan*.

⁵⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, *Digest of Case On The Model Law on International Commercial Arbitration, Uncitral, Nueva York, 2012, p. 142* (Traducción Libre)

⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2016, Rad. 55527 [fundamento jurídico 10], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 982.

La seguridad jurídica, la confianza institucional y la certidumbre de una resolución definitiva de las controversias no son sólo punto de partida y parte esencial de la vida en democracia, sino también factores determinantes para un ambiente de inversión.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / JUSTICIA ARBITRAL / ARBITRAMIENTO NACIONAL / ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL / CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes / COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN - El juez debe establecer la entidad de la norma violada o la materialidad del incumplimiento del procedimiento arbitral acordado

[P]ara dar lugar a la anulación de un Laudo Arbitral Internacional, en virtud de la configuración de la causal contenida en el artículo 108(1)(d) de la Ley 1563 de 2012 -según la cual procede la anulación de la providencia arbitral cuando “el procedimiento arbitral no se ajust(e) al acuerdo entre las partes”- resulta indispensable que el juez indague sobre la entidad de la norma violada o sobre la materialidad del incumplimiento del procedimiento arbitral por parte del Panel.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 108 NUMERAL 1 LETRA D

PROCEDIMIENTO ARBITRAL / ARBITRO / PROCESO ARBITRAL / ARBITRAJE INTERNACIONAL / NORMA PROCESAL / ACLARACIÓN DE VOTO / APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL / FINALIDAD DE LA NORMA PROCESAL / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL - La postura mayoritaria concluye erradamente que las normas procesales son un fin en sí mismo / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL - Es un instrumento para materializar el derecho sustancial / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL - Es un instrumento para salvaguardar el debido proceso / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL - Es una herramienta para garantizar el derecho de contradicción de las partes / INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA PROCESAL - Consecuencias procesales / ACTO PROCESAL / INVALIDEZ DEL ACTO PROCESAL / INDEBIDA APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL - La inobservancia de una forma de mero rito no comporta la inexistencia, ni la invalidez de la actuación

[L]a postura, acogida por la mayoría de la Sala, conlleva a la peligrosa e incorrecta conclusión de que las normas procesales son un fin en sí mismo, cuando lo cierto es que estas son un instrumento para salvaguardar el debido proceso, materializar el derecho de contradicción de las partes y, ante todo, garantizar el derecho sustancial de las mismas. Así, el derecho procesal tiene como propósito indefectible lograr la eficacia del derecho material. (...) [L]as referidas formas tienen un nivel de importancia distinto en el marco del procedimiento, la inobservancia de cada una de ellas también conlleva efectos jurídicos diversos: en caso de comprobarse que una actuación procesal se adelantó con omisión de una forma esencial, habrá inexistencia de la actuación; la pretermisión de una forma de garantía afecta la validez del acto procesal; por último, la inobservancia de una forma de mero rito no comporta la inexistencia, ni la invalidez de la actuación.

APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL / FINALIDAD DE LA NORMA PROCESAL / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL / INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA PROCESAL - La omisión de cualquier norma procesal no debe tener, en todos los supuestos, el mismo efecto jurídico correspondiente a la anulación del laudo arbitral / INDEBIDA APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL - La inobservancia de una forma de mero rito no comporta la inexistencia, ni la invalidez del laudo arbitral

[C]ontrario a lo afirmado por la decisión aclarada, la omisión de cualquier norma procesal no debe tener, en todos los supuestos, el mismo efecto jurídico correspondiente a la anulación del Laudo Arbitral. Para examinar la configuración de la causal bajo estudio, a la Sala le correspondía determinar el tipo de norma

que fue inobservada por el Tribunal, para efectos de definir la consecuencia de dicho incumplimiento. En caso de comprobar la omisión de una forma esencial o de una forma de garantía, la consecuencia evidente resultaba ser la anulación de la providencia arbitral. En cambio, en caso de haber existido una inobservancia de una forma de mero rito, no habría habido lugar a la anulación del Laudo.

COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN - Le correspondía al juez de anulación examinar la norma violada esencial, de garantía o de mero rito y luego establecer si había lugar a la anulación / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / JUSTICIA ARBITRAL / ARBITRAMIENTO NACIONAL / ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL / CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL A SOLICITUD DE PARTE - La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes

[L]as consideraciones de la Sala, atinentes a sustentar la prosperidad de la causal de anulación contenida en el artículo 108(d)(1) de nuestro Estatuto Arbitral, contrarían lo definido tanto por la doctrina internacional autorizada, como por los ordenamientos internos en materia de anulación de Laudos Comerciales Internacionales. Los argumentos presentados por la decisión para apartarse de la postura mayoritaria a nivel global tampoco son de recibo. (...) [I]ndependientemente de la fuente de la obligación, lo que debió haber examinado el juez de anulación era el tipo de forma procedimental (esencial, de garantía o de mero rito) incluida en la norma procesal inobservada, para luego establecer si había lugar a declarar la anulación del Laudo.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / OPORTUNIDAD PROBATORIA / OBJETO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / VICIOS EN LOS PROCESOS DE LAUDO ARBITRAL - Según la posición mayoritaria determinar la incidencia de la prueba en el laudo implicaría examinar el fondo de la decisión adoptada, pero ello no es así porque ese análisis pretendía determinar la entidad de las normas procesales vulneradas / COMPETENCIA DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / LÍMITE DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Por otra parte, a juicio de la Sala “determinar la incidencia de la prueba en el laudo implicaría examinar el fondo de la decisión adoptada”. Tal afirmación no es cierta, pues examinar la relevancia del dictamen de contradicción -prueba, cuya práctica fue impedida por el Tribunal a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.- y del nuevo dictamen aportado por el Consorcio, no comportaba evaluar la legalidad de la decisión, es decir, determinar si esta se ajustaba o no a derecho. Este análisis, en cambio, pretendería determinar la entidad de las normas procesales violadas por el Tribunal.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL - La Sala sí hizo un juicio de valor sobre las omisiones procedimentales e, incluso, concluyó que la gravedad de ello fundamenta la anulación

[S]i bien la Sentencia afirma que el juez de anulación se debe limitar a examinar la trasgresión de las normas procesales que se dieron las partes, sin ahondar en la entidad de la violación, la Sala sí se pronuncia sobre la importancia de la prueba, cuya práctica fue impedida por el Tribunal, sobre la corrección del dictamen pericial presentado por el Consorcio, así como sobre la gravedad de la trasgresión de la norma procesal. (...) Así, pese a afirmar lo contrario, la Sala hace un juicio

de valor respecto de la entidad de las omisiones procedimentales en cabeza del Tribunal e, incluso, concluye que, precisamente, la gravedad de tales omisiones es la que fundamenta su decisión de anular el Laudo.

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL / VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL - La sala debió analizar la entidad de las normas procesales para concluir que su vulneración socavó las garantías de las partes y ello conlleva la anulación del laudo / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL - La sala debió analizar la materialidad del incumplimiento por parte del Tribunal en sede de anulación

[T]eniendo en cuenta el camino argumentativo que debió haber recorrido la Sala en su calidad de juez de anulación, se reitera que esta estaba obligada a estudiar la naturaleza de las normas procesales y procedimentales violadas por el Tribunal. De haber tomado este camino, la Sala hubiese llegado a la conclusión de que el Panel Arbitral, efectivamente, omitió formas de garantía, pues las normas procesales incumplidas por este permitían a las partes la materialización de sus derechos al debido proceso y a la contradicción; lo cual da muestra de la relevancia de tales normas y, de contera, del grave incumplimiento del Tribunal al haberlas inobservado. Una vez determinada la entidad de las normas omitidas y la gravedad de la violación, considero que habría habido lugar a la declaración de la nulidad del Laudo recurrido. (...) Se concluye, entonces, que el argumento de la Sentencia, según el cual para la configuración de la causal de anulación contenida en el artículo 108(1)(d) de la Ley 1563 de 2012, es suficiente acreditar que el Tribunal desconoció el procedimiento acordado entre las partes, sin que sea necesario estudiar la entidad de la norma inobservada, ni la materialidad del incumplimiento por parte del Tribunal, no es de recibo ni debe aplicarse en futuras sentencias de anulación de Laudos Comerciales Internacionales. Sin embargo, aunque con base en argumentos distintos, ya expuestos, arribo a la misma consecuencia jurídica definida por la Sala.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714)

Convocante: CONSORCIO CHINA UNITED ENGINEERING y DONFANG TURBINE CO. LTDA. "CONSORCIO CUC-DTC"

Convocado: GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE-GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO: ALBERTO MONTAÑA PLATA

1. Con el acostumbrado respeto, me permito formular aclaración de voto a la Sentencia, ya que, pese a que me adhiero a la decisión tomada por la Sala Plena de la Sección Tercera, no comparto algunos de los argumentos presentados como justificación de la anulación del Laudo Arbitral Comercial Internacional.

2. El sustento central de la decisión se basa en las afirmaciones según las cuales *“para la configuración de la causal de anulación objeto de estudio solo es necesario acreditar que el tribunal contravino o desconoció el procedimiento acordado entre las partes”* o, en otras palabras, que *“la demostración del desconocimiento de una regla acordada en el proceso arbitral es la condición necesaria y suficiente para declarar su anulación”*.

3. No comparto las referidas consideraciones, pues, a mi juicio, para dar lugar a la anulación de un Laudo Arbitral Internacional, en virtud de la configuración de la causal contenida en el artículo 108(1)(d) de la Ley 1563 de 2012 -según la cual procede la anulación de la providencia arbitral cuando *“el procedimiento arbitral no se ajust(e) al acuerdo entre las partes”*- resulta indispensable que el juez indague sobre la entidad de la norma violada o sobre la materialidad del incumplimiento del procedimiento arbitral por parte del Panel.

4. Considero que la postura, acogida por la mayoría de la Sala, conlleva a la peligrosa e incorrecta conclusión de que las normas procesales son un fin en si mismo, cuando lo cierto es que estas son un instrumento para salvaguardar el debido proceso, materializar el derecho de contradicción de las partes y, ante todo, garantizar el derecho sustancial de las mismas. Así, el derecho procesal tiene como propósito indefectible lograr la eficacia del derecho material.

5. El procedimiento, entendido como la fisonomía del proceso, está compuesto por diversas formas, que pueden clasificarse en tres categorías: formas esenciales o estructurales, de garantía y de mero rito. Las formas esenciales constituyen la estructura básica del procedimiento, necesarias para cumplir su finalidad; las formas de garantías permiten a las partes el ejercicio de su derecho de defensa y, a diferencia de las formas esenciales, estas son renunciables; las formas de mero rito promueven la eficiencia del procedimiento, sin embargo, su inobservancia no compromete la eficacia de la actuación. La referida clasificación, si bien es solo una de tantas de las establecidas doctrinalmente, resulta de gran utilidad para el análisis del presente caso.

6. En virtud de que las referidas formas tienen un nivel de importancia distinto en el marco del procedimiento, la inobservancia de cada una de ellas también conlleva efectos jurídicos diversos: en caso de comprobarse que una actuación procesal se adelantó con omisión de una forma esencial, habrá inexistencia de la actuación; la pretermisión de una forma de garantía afecta la validez del acto procesal; por último, la inobservancia de una forma de mero rito no comporta la inexistencia, ni la invalidez de la actuación.

7. Descendiendo la expuesta teoría al problema en cuestión, se desprende que, contrario a lo afirmado por la decisión aclarada, la omisión de cualquier norma procesal no debe tener, en todos los supuestos, el mismo efecto jurídico correspondiente a la anulación del Laudo Arbitral. Para examinar la configuración de la causal bajo estudio, a la Sala le correspondía determinar el tipo de norma que fue inobservada por el Tribunal, para efectos de definir la consecuencia de dicho incumplimiento. En caso de comprobar la omisión de una forma esencial o de una forma de garantía, la consecuencia evidente resultaba ser la anulación de la providencia arbitral. En cambio, en caso de haber existido una inobservancia de una forma de mero rito, no habría habido lugar a la anulación del Laudo.

8. La referida posición ha sido adoptada tanto por la doctrina internacional autorizada, como por numerosos ordenamientos jurídicos, bien sea por vía legal o por vía jurisprudencial.

9. En su obra *“International Commercial Arbitration”*, Gary Born se refirió al deber esencial de todo Tribunal Arbitral Internacional de respetar lo acordado por las partes respecto del procedimiento. No obstante, afirmó el autor, que no cualquier incumplimiento de dicho procedimiento permite la anulación del Laudo y se refirió así al artículo 34(2)(iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI, en el cual se inspiró la causal de anulación contenida en el Estatuto Arbitral Colombiano:

“Materialidad y efecto de la infracción procesal

La mayoría de los jueces [de anulación] investigan la materialidad de los requisitos procesales que no se cumplieron y no anularán un laudo porque se ignoraron formalidades menores o disposiciones técnicas. Los incumplimientos de los procedimientos arbitrales acordados por las partes, a menudo, también serán permitidos, a menos de que sean extremos y perjudiciales. Con un efecto similar, algunos tribunales nacionales se han negado a anular laudos arbitrales debido al incumplimiento del acuerdo procesal de las partes, salvo que ese acuerdo fuera explícito y específico. Los tribunales también han considerado la importancia

de la norma procesal que supuestamente se violó en las acciones de anulación en virtud del artículo 34(2)(a)(iv)”⁵⁸.

10. En el mismo sentido, Alan Redfern y Martin Hunter, en su texto *“Redfern and Hunter on International Arbitration”*, se manifestaron sobre la necesaria materialidad de una irregularidad procesal para efectos de anular un Laudo Arbitral, así:

“No todas las irregularidades procesales son iguales o suficientes para anular un laudo. La materialidad respecto del resultado será relevante. En Chantiers de l’Atlantique SA contra Gaztransport & Technigaz SAS, el Tribunal de Comercio de Londres sostuvo que incluso el fraude en los procedimientos arbitrales no necesariamente justificaría la anulación del laudo. El tribunal indicó que un testigo de Gaztransport había engañado deliberadamente al tribunal arbitral. Sin embargo, a pesar de estar de acuerdo con el demandante en la existencia de fraude en el proceso, el Tribunal sostuvo que el testimonio fraudulento no justificaba la anulación del laudo, porque ‘incluso si la verdadera posición se hubiera revelado al Tribunal, eso, seguramente, no hubiera afectado el resultado del arbitraje’”⁵⁹.

11. En este orden de ideas, a partir de la referida doctrina, se concluye que el juez de anulación está obligado a estudiar la materialidad del incumplimiento del procedimiento y, a partir de dicho análisis, determinar si hay lugar a la anulación del Laudo Arbitral.

12. Ahora, en lo que respecta a los ordenamientos jurídicos internos, la misma Sentencia aclarada presenta los países que contemplan por vía legislativa el deber del juez de anulación de estudiar la gravedad o materialidad del incumplimiento de las normas procesales por parte del Tribunal para que proceda la anulación del Laudo -como lo son Inglaterra, Bélgica y Holanda-. Así mismo, la decisión afirma que *“incluso en los casos en los que la legislación aplicable no se contempla expresamente la condición de estudiar la gravedad o materialidad del incumplimiento de la ley procesal a efectos de decidir sobre la prosperidad de la causal, existen varias sentencias de anulación de laudos arbitrales comerciales internacionales en los que se ha aplicado la referida subregla”*. Luego, la Sala procede a citar numerosos casos que dan cuenta de la referida afirmación⁶⁰.

⁵⁸ [Traducción propia] BORN Gary, *“International Commercial Arbitration”*, 2ª ed, Kluwer Law International, 2014. PP. 3268-3269.

⁵⁹ [Traducción propia] REDFERN Alan y HUNTER Martin, *“Redfern And Hunter on International Arbitration”*, 6ª ed., Oxford University Press, 2015. P. 590.

⁶⁰ “Los siguientes casos son ejemplos de lo anterior: *Williams v. Nat’l Football League*⁶⁰, en el cual el Tribunal permitió la emisión del Laudo después del límite de tiempo especificado, ya que no se provocó un perjuicio sustancial a las partes; *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*⁶⁰, que afirmó que era ‘apropiado anular un laudo basado en una violación del procedimiento solo si dicha violación produjo un perjuicio sustancial a la parte recurrente’; *Dan River, Inc. v.*

13. De lo anterior se infiere la existencia de un consenso internacional respecto de la obligación del juez de evaluar la entidad o gravedad de la violación de las normas procesales por parte del Tribunal a efectos de anular el Laudo. No obstante, la decisión aclarada cae en contradicción al afirmar que *“la jurisprudencia y doctrina internacionales no han establecido o fijado un criterio unívoco que permita determinar si para la anulación del laudo es necesario que se demuestre, adicionalmente al desconocimiento del procedimiento convenido por las partes, la incidencia efectiva y sustancial que tuvo esa circunstancia en el mismo”*.

14. Tan clara es la discordancia de la decisión, que dentro de su argumentación no presenta siquiera un ejemplo de algún ordenamiento jurídico nacional, un caso o una postura doctrinal que defienda la omisión de incluir la referida subregla como condición necesaria para la anulación de un Laudo en virtud de la causal invocada.

15. Así las cosas, las consideraciones de la Sala, atinentes a sustentar la prosperidad de la causal de anulación contenida en el artículo 108(d)(1) de nuestro Estatuto Arbitral, contrarían lo definido tanto por la doctrina internacional autorizada, como por los ordenamientos internos en materia de anulación de Laudos Comerciales Internacionales. Los argumentos presentados por la decisión para apartarse de la postura mayoritaria a nivel global tampoco son de recibo.

16. Por una parte, afirma la Sentencia aclarada que las reglas procesales y procedimentales contenidas en la OP1 *“eran de ineludible cumplimiento” “por tratarse de normas acordadas consensualmente por las partes”*. No comparto tal argumento, pues independientemente de la fuente de la obligación, lo que debió haber examinado el juez de anulación era el tipo de forma procedimental (esencial, de garantía o de mero rito) incluida en la norma procesal inobservada, para luego establecer si había lugar a declarar la anulación del Laudo.

17. Por otra parte, a juicio de la Sala *“determinar la incidencia de la prueba en el laudo implicaría examinar el fondo de la decisión adoptada”*. Tal afirmación no es cierta, pues examinar la relevancia del dictamen de contradicción -prueba, cuya

*Cal-Togs, Inc.*⁶⁰, según el cual para anular un laudo debía demostrarse un efecto del incumplimiento de las normas procesales sobre los ‘derechos sustantivos’ de las partes; *Rhéaume v. Société d'Investissements L'Excellence Inc.*⁶⁰, que estableció que, para la prosperidad de la causal de anulación, debía ‘determinar si el incumplimiento e[ra] de tal naturaleza que socava[ba] la integridad del proceso y evaluar hasta qué punto la infracción tuvo alguna relación con el laudo mismo’ y *Tusculum BV v. Louis Dreyfus Holding SAS*⁶⁰, que destacó que la anulación del laudo requería una violación material de las reglas de procedimiento ‘para evitar la trivialización de la revisión judicial en casos de violación menor del procedimiento’⁶⁰.

práctica fue impedida por el Tribunal a GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.- y del nuevo dictamen aportado por el Consorcio, no comportaba evaluar la legalidad de la decisión, es decir, determinar si esta se ajustaba o no a derecho. Este análisis, en cambio, pretendería determinar la entidad de las normas procesales violadas por el Tribunal.

18. Adicionalmente, si bien la Sentencia afirma que el juez de anulación se debe limitar a examinar la trasgresión de las normas procesales que se dieron las partes, sin ahondar en la entidad de la violación, la Sala sí se pronuncia sobre la importancia de la prueba, cuya práctica fue impedida por el Tribunal, sobre la corrección del dictamen pericial presentado por el Consorcio, así como sobre la gravedad de la trasgresión de la norma procesal. De hecho, la Sala afirma, respecto del dictamen de contradicción, que su *“presentación (...) era fundamental, ya que con el mismo podía también ejercerse la oposición en la audiencia”*. La decisión también expone el contenido del documento de corrección aportado por el Consorcio. Por último, en lo relativo a la gravedad de la trasgresión, la Sala hace las siguientes afirmaciones (se transcribe):

*“El Tribunal Arbitral desatendió lo convenido expresamente por las partes en relación con las oportunidades probatorias del trámite arbitral, lo que implicó una **grave trasgresión** del párrafo 62 de la OP1”*. (Negrilla propia)

*“Las normas procesales incumplidas por el Tribunal garantizaban la materialización de los derechos al debido proceso y a la contradicción de las partes, lo cual demuestra la **relevancia de la violación. En virtud de lo anterior, se impone la anulación del laudo**, porque el desconocimiento del derecho de contradicción fue grave y relevante para GECELCA 3 S.A.S. E.S.P.-, en tanto no solo afectó el derecho al debido proceso sino también lo acordado por las partes”*. (Negrilla propia)

19. Así, pese a afirmar lo contrario, la Sala hace un juicio de valor respecto de la entidad de las omisiones procedimentales en cabeza del Tribunal e, incluso, concluye que, precisamente, la gravedad de tales omisiones es la que fundamenta su decisión de anular el Laudo.

20. Por último, la Sentencia hace alusión a la providencia de 26 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia y afirma, en referencia a la causal invocada, que, conforme a dicha decisión (se transcribe):

“para la Corte Suprema de Justicia el vicio se configura con independencia de la incidencia que pudo tener en el sentido del laudo final. Entonces, lo determinante para la configuración de la causal es que los árbitros no se hubieren ajustado al convenio de las partes, salvo que el acuerdo estuviera en conflicto con una disposición imperativa del Estatuto Arbitral”.

21. Olvida la Sala tener en cuenta un elemento esencial incluido en las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia citada, según el cual (se transcribe):

*“La anulación se abrirá paso cuando se pretermita el trámite, incluida la conformación del tribunal, **siempre que los yerros sean sustanciales**, por subvertir el procedimiento o afectar las garantías de los sujetos partícipes, en tanto las demás pifias deben corregirse dentro de la actuación, amén de la flexibilidad que caracteriza este tipo de actuaciones”* (Negrilla propia).

22. De lo anterior se desprende, una vez más, que, de conformidad con nuestra jurisprudencia civil, procederá la anulación de un laudo internacional cuando la inobservancia del procedimiento haya configurado un error sustancial y cuando se compruebe una afectación de las garantías en cabeza de las partes. Esta postura ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia de 15 de enero de 2019⁶¹ citó a la CNUDMI para sustentar esta idea (se transcribe):

“Así lo atestiguó la CNUDMI , en la compilación jurisprudencial sobre la ley modelo: ‘En cuanto a las alegaciones de que el procedimiento arbitral no se ajustaba a la Ley Modelo, algunas decisiones parecen requerir errores de procedimiento de cierto grado de gravedad para que el laudo sea anulado, por ejemplo, violaciones de importantes normas de procedimiento’”.

23. Ahora, teniendo en cuenta el camino argumentativo que debió haber recorrido la Sala en su calidad de juez de anulación, se reitera que esta estaba obligada a estudiar la naturaleza de las normas procesales y procedimentales violadas por el Tribunal. De haber tomado este camino, la Sala hubiese llegado a la conclusión de que el Panel Arbitral, efectivamente, omitió formas de garantía, pues las normas procesales incumplidas por este permitían a las partes la materialización de sus derechos al debido proceso y a la contradicción; lo cual da muestra de la relevancia de tales normas y, de contera, del grave incumplimiento del Tribunal al haberlas inobservado. Una vez determinada la entidad de las normas omitidas y la gravedad de la violación, considero que habría habido lugar a la declaración de la nulidad del Laudo recurrido.

24. Se concluye, entonces, que el argumento de la Sentencia, según el cual para la configuración de la causal de anulación contenida en el artículo 108(1)(d) de la Ley 1563 de 2012, es suficiente acreditar que el Tribunal desconoció el procedimiento acordado entre las partes, sin que sea necesario estudiar la entidad

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 15 de enero de 2019, exp. 2016-03020, sentencia n.º SC001-2019.

de la norma inobservada, ni la materialidad del incumplimiento por parte del Tribunal, no es de recibo ni debe aplicarse en futuras sentencias de anulación de Laudos Comerciales Internacionales. Sin embargo, aunque con base en argumentos distintos, ya expuestos, arribo a la misma consecuencia jurídica definida por la Sala.

25. En este orden de ideas, si bien me aparto de las consideraciones esenciales que sustentan la prosperidad del recurso, comparto la resolución de la Sala de declarar fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. y de anular el Laudo Comercial Internacional de 4 de diciembre de 2017.

ALBERTO MONTAÑA PLATA