

**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Régimen aplicable: Derecho Privado /
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - ISAGEM y Consorcio Miel. Laudo arbitral
internacional**

ISAGEN, entidad demandada en este proceso como sucesora del Contrato, tiene, desde su constitución, el carácter de Empresa de Servicios Públicos Mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, la cual fue el resultado de la escisión de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. –ISA-, operación autorizada a través del artículo 167 de la Ley 142 de 1994. (...) El día 6 de julio de 2004 las partes del contrato MI-100 -para ese momento ISAGEN y el Consorcio Miel- modificaron la cláusula compromisoria contenida en el contrato, época para la cual el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios –en este caso ISAGEN- era, por regla general, el establecido en normas del Derecho Privado; (...) Ahora bien, en tanto al contrato MI-100 y a la cláusula compromisoria suscrita el 6 de julio de 2004, les resultaban aplicables, preponderantemente, aquellas reglas usuales para los contratos celebrados entre particulares, en este caso, la legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil, dado que el consorcio contratista se encontraba conformado por sociedades dedicadas a la actividad comercial – artículos 13-1 y 100 del Código de Comercio-. (...) A lo anterior debe agregarse que en la medida en que no existe norma legal que disponga en sentido contrario para las relaciones contractuales en las cuales intervienen o participan entidades de naturaleza pública, también será aplicable entonces el mandato consagrado en el artículo 22 del Código de Comercio, según el cual “si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 13 NUMERAL 1 /
CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 22 / CODIGO DE COMERCIO -
ARTICULO 100 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 167

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema, se puede consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, rad. S-701. Y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 2003, exp. 13412 y la sentencia de mayo 13 de 1988.

**PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA - Fundamento
constitucional / PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA -
Noción. Concepto**

El artículo 116 de la Constitución Política establece lo siguiente respecto del arbitramento (...) Como refiere la mencionada norma, los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia mediante un pacto arbitral, al cual hace referencia el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 como el acuerdo de las partes de un contrato para someter a la decisión de particulares, en calidad de árbitros, el conocimiento de una controversia surgida del mismo contrato; también dispone la norma que el pacto arbitral puede asumir las modalidades de cláusula compromisoria o de compromiso. (...) El artículo 116 de la Ley 446, compilado en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, define la “cláusula compromisoria” como “el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 116 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 117 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 116 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118

PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA - Momento para pactarse o estipularse

La cláusula compromisoria debe acordarse antes de que surja cualquier conflicto entre las partes del contrato que constituye su fuente, la cual se puede estipular dentro del mismo contrato o en un acto separado, a cuyo contenido hace referencia el artículo 120 del mencionado Decreto 1818 de 1998 en el sentido de que éste deberá expresar el nombre de las partes y la determinación precisa del contrato cuyas controversias van a ser solucionadas por la vía arbitral.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 120

PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA - Elementos o requisitos para su configuración

De conformidad con el contenido de los artículos 118 y 120 del Decreto 1818 de 1998, los siguientes se constituyen en los elementos necesarios para que se configure la cláusula compromisoria: i) la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y iii) la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 120

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver: Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1998 y sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 33670.

PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA - Autonomía frente al contrato

En el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 se consagró que la cláusula compromisoria es autónoma en relación con la existencia y la validez del contrato del cual forma parte.

NOTA DE RELATORIA: En lo referente a la autonomía de la cláusula compromisoria frente a la existencia y validez del contrato estatal, se puede consultar: Corte Constitucional, sentencia C-248 de 1999. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 33670 y fallo de 22 de julio de 2009, exp. 16106.

CONSORCIO SOCIETARIO - Representación. En materia de contratación estatal / CONSORCIO SOCIETARIO - En materia de contratación estatal. Su representación puede ser asumida por una de las sociedades que lo conforman y obliga a los demás integrantes del consorcio / CONTRATACION ESTATAL - Consorcio societario: Representación. Su representación puede ser asumida por una de las sociedades que lo conforman y obliga a los demás integrantes del consorcio / CONSORCIO SOCIETARIO -

Representación. Acto de apoderamiento / CONTRATACION ESTATAL - Consorcio societario: Representación se ejerce mediante acto de apoderamiento / CONSORCIO SOCIETARIO - Representación mediante acto de apoderamiento. Aplicación del artículo 832 del Código de Comercio

En cuanto a la persona que asume la representación del consorcio conviene aclarar que si bien la figura asociativa carece de personalidad jurídica, no es menos cierto que resulta lícito y en nada contraría el ordenamiento que actúe a través de su representante convencional, de conformidad con los dictados del artículo 832 del Código de Comercio, cuya actuación se encuentra limitada “por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato”.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 832

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de septiembre de 2006, exp. 88001-31-03-002-00271

CONSORCIO SOCIETARIO EN CONTRATACION ESTATAL - Los movimientos societarios, transferencia de empresas o escisión en bloque, de los integrantes de un consorcio tienen implicaciones en los contratos estatales suscritos por éstos / CONSORCIO SOCIETARIO - En materia de contratación estatal. Los movimientos societarios, transferencia de empresas o escisión en bloque, de los integrantes de un consorcio tienen implicaciones en los contratos estatales suscritos / CONSORCIO SOCIETARIO - En materia de contratación estatal. Los movimientos societarios, transferencia de empresas o escisión en bloque, de los integrantes de un consorcio tienen implicaciones en la adopción y adiciones de la cláusula compromisoria suscrita / CONTRATACION ESTATAL - Consorcio societario: los movimientos societarios de sus integrantes inciden en los contratos estatales que hayan suscrito

En relación con los movimientos societarios adelantados por ABB SAE SADELMI S.p.A., la Sala encuentra lo siguiente: En 1998, según se lee en el “Conferimento di complesso Aziendale”, la negociación llevada a cabo entre las empresas italianas tuvo por objeto la aportación no dineraria de una de sus ramas de actividad, la unidad empresarial de generación de energía, incluyendo todos los activos y pasivos de esta rama y, a cambio, recibió acciones de la sociedad beneficiaria, la cual amplió su capital en contraprestación a los aportes recibidos. Esta operación se registró en la Cámara de Comercio de Milán, la cual correspondía al domicilio de las dos sociedades participantes en el negocio. Al negocio jurídico celebrado entre las sociedades italianas y que se ejecutaba en ese país, debían aplicársele las normas jurídicas italianas, de conformidad con las previsiones de los artículos 20 y 21 de nuestro Código Civil. (...) En principio, puede afirmarse que la operación societaria realizada en Italia tenía efectos sobre el contrato MI-100, en la medida en que el mismo hiciere parte del ramo de generación de energía, pues si bien, por disposición de las mismas partes, al contrato MI-100 le eran aplicables las normas jurídicas colombianas, ello no se hacía extensivo a las operaciones que, como sociedad, desarrollaba ABB Sae Sadelmi S.p.A. La entidad convocada y ahora recurrente afirmó que el contrato MI-100 no hacía parte de la operación societaria porque la cesión del contrato, según la cláusula 29, se encontraba condicionada a la autorización de la entidad, la cual en momento alguno se había otorgado, dado que tal operación no fue conocida por ella. Sea lo primero aclarar que en este caso ocurrió una escisión en bloque, en términos de la ley colombiana y una transferencia entre empresas, de

conformidad con la legislación italiana, más no una cesión del contrato MI-100, como afirmó la recurrente. Cabe preguntarse si la transferencia efectuada incluyó el contrato MI-100 y la cláusula compromisoria. De conformidad con la legislación italiana, debían dejarse expresamente consignados los asuntos no incluidos en la transferencia y en este caso no se consignó que el contrato MI-100, o el pacto arbitral, o el poder otorgado al representante del Consorcio, estuviesen excluidos de la misma, razón por la cual cabe entender que la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., transfirió también a la beneficiaria - Alstom Power Italia - los contratos que tuviesen que ver con la generación de energía por ella suscritos, entre los cuales se encontraban, tanto su participación en el contrato MI 100 celebrado con Hidroeléctrica La Miel S.A., por conducto del Consorcio Miel del cual esa empresa era integrante, como también se incluyó el acuerdo celebrado entre los propios miembros del Consorcio, una de cuyas cláusulas comprendió el tema de la representación del mismo, así como el contenido en la cláusula compromisoria, contratos en los cuales la sociedad Alstom Power Italia pasó a ocupar el lugar de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., y, desde luego, los derechos y las obligaciones derivados de los mismos. Asimismo, el objetivo de la rama de generación de energía constituía la construcción de maquinaria para centrales de producción eléctrica, actividad que ABB Sae Sadelmi S.p.A., se comprometió a efectuar para la entidad contratante, como parte del consorcio.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 20 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 21 / LEY 222 DE 1995 - ARTICULO 3

CLAUSULA COMPROMISORIA - En materia de contratación estatal. Su modificación obliga a los integrantes del consorcio que no suscribieron el contrato inicial / CONTRATACION ESTAL - Cláusula compromisoria: Su modificación obliga a los integrantes del consorcio que no suscribieron el contrato inicial

Mediante otrosí fechado el 6 de julio de 2004 –distinguido como otrosí número 13- se modificó la cláusula Trigésimo Tercera del Contrato (...) Sea lo primero advertir que esta cláusula se suscribió después del vencimiento del plazo contractual y de que ISAGEN y el representante del consorcio suscribieron las actas de entrega y de recibo en operación comercial de la central, así como las garantías de calidad y correcto funcionamiento y de estabilidad de la obra, lo cual, en principio, indicaría que se trató de un acuerdo extemporáneo, dado que no parece posible modificar aquello que se encuentra vencido; no obstante, considera la Sala que, tratándose de la cláusula compromisoria, ello resultaba ajustado al ordenamiento jurídico, siempre que no hubiere caducado la acción contractual, época durante la cual se podía convocar el tribunal o también modificar el acuerdo que en este sentido se efectuó, lo cual evidencia la autonomía de la cláusula compromisoria, respecto del contrato suscrito, cuyos términos y condiciones corren de manera independiente a ésta. Preciado entonces lo anterior y para efectos de determinar la existencia de la cláusula compromisoria que quedó contenida en el otrosí modificadorio a la cláusula trigésimo tercera del contrato de obra MI-100, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones: De acuerdo con los dictados del artículo 120 del Decreto 1818 de 1998, encuentra la Sala que el acto modificadorio de la cláusula compromisoria expresó el nombre de las partes, así como la determinación precisa del contrato cuyas controversias serían solucionadas por la vía arbitral. Sostuvo la recurrente que el Consorcio no otorgó el consentimiento, dado que para la fecha en la cual se suscribió el otrosí, la sociedad ABB SAE SADELMI S.p.A., había dejado de existir. Se examinará, entonces, la cuestión. Considera la Sala que tanto la cláusula compromisoria -la inicialmente suscrita y su modificación-, como los derechos y las obligaciones derivados de la misma

vinculaban al Consorcio como parte del contrato MI-100, por diversas razones. (...) Se observa que tanto la cláusula compromisoria original como su modificación, fueron suscritas entre las partes del contrato, de un lado ISAGEN y del otro el Consorcio Miel, cada una a través de su representante.

**ESTIPULACION PARA OTRO O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO -
Noción, concepto. Aplicación en materia de contratación estatal /
ESTIPULACION PARA OTRO O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO -
Mediante esta figura jurídica una sociedad puede aceptar una estipulación a
favor de otra, tercera beneficiada, siempre que se den los presupuestos
correspondientes / ESTIPULACION PARA OTRO O CONTRATO A FAVOR DE
TERCERO - Aceptación del tercero beneficiario**

Como una excepción al principio de la relatividad de los actos jurídicos y como una forma de hacer extensivos los efectos subjetivos de tales actos a quienes tengan respecto de los mismos la calidad de terceros -en el sentido absoluto de la palabra-, se ha consagrado en nuestra legislación civil la figura del contrato a favor de un tercero, conocida ampliamente con la denominación de estipulación para otro, en relación con la cual la Corte Suprema de Justicia ha expresado: "El principio general de que los contratos no afectan a los terceros extraños a él viene a tener una excepción en casos especiales en que una persona celebra estipulaciones a favor de un tercero. En este último evento, la estipulación es diversa por todos sus aspectos del mandato como representante del contratante y tiene facultad para obligarlo, mientras que en la estipulación a favor de otro no existe representación alguna, directa ni indirecta del beneficiario." La norma legal que en derecho común colombiano regula, de manera general, la institución de la estipulación a favor de un tercero, se encuentra contenida en el artículo 1506 del Código Civil, (...) En virtud de la institución de la estipulación a favor de otro, la ley autoriza a cualquier persona para que convenga a favor de un tercero, sin contar con derecho alguno para representarlo, en el entendido de que sólo ese tercero podrá exigir lo estipulado una vez acepte, de manera expresa o tácita, la respectiva convención; en relación con la aceptación del tercero. (...) se entiende que la obligación que el prometiende asume para con el beneficiario y que sólo éste puede exigirle, también encuentra sustrato en la relación contractual que se concluye entre dichos prometiende y beneficiario, comoquiera que la manifestación de voluntad que realiza tal prometiende en acuerdo con el estipulante, en el sentido de obligarse a favor del beneficiario, encuentra como respuesta la aceptación incondicional de éste. (...) En este caso concreto, (...) el representante del Consorcio recibió el mandato de representar tanto al Consorcio Miel como a cada uno de sus integrantes individualmente considerados, luego, cuando éste suscribió el otrosí No. 13 en nombre y representación del Consorcio y de sus miembros, aún si se asumiera la hipótesis de que Alstom Power Italia S.p.A. no fuera parte para ese momento del Consorcio - tesis difícil de sostener en tanto que esta sociedad había recibido en bloque todos los negocios de energía de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., incluida su participación en el Consorcio Miel, su vinculación al contrato MI 100 y su vinculación a la respectiva cláusula compromisoria, entre muchos otros negocios jurídicos-, habría lugar a sostener que el representante del Consorcio, al suscribir el otrosí No. 13, lo que en realidad hizo fue estipular a favor de Alstom Power Italia en calidad de tercero, dado el carácter que esa sociedad tenía de beneficiaria de la transferencia en bloque del negocio de generación de energía de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., no empero que formalmente se hubiera mencionado a ABB Sae Sadelmi S.p.A., sociedad que ya no existía para ese momento, debiendo entenderse por ello que al suscribirse el otrosí modificadorio se hizo referencia a la sociedad que recibió en bloque todos los negocios jurídicos de energía de aquella. (...) Según se observó en el proceso

arbitral, Alstom Power Italia, mediante comunicación calendada el 20 de septiembre de 2005, manifestó que ratificaba las actuaciones, manifestaciones y actos efectuados por la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., y por el Consorcio Miel, de lo cual se impone entender que, de conformidad con las previsiones del artículo 1506 del Código Civil, aceptó la estipulación que en su favor se hizo a propósito de la modificación de la cláusula compromisoria, aceptación que, según ya se explicó, dio lugar al perfeccionamiento - con efectos retroactivos - del pacto arbitral entre dicha acreedora y beneficiaria (Alstom Power Italia S.p.A) y la prometedora, en este caso la entidad pública contratante. Agréguese a ello, además, que en los términos del artículo 844 del Código de Comercio, tal ratificación tiene efectos retroactivos, en este caso, respecto de la modificación de la cláusula compromisoria, toda vez que ésta también se hizo a través de un documento escrito y no podría afirmarse que se hubieron lesionado intereses de terceros porque, además, esta sociedad nada reclamó para sí en el proceso arbitral. En consecuencia, también por esta vía - ha de entenderse - esta sociedad habría otorgado su consentimiento.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 844

NOTA DE RELATORIA: En relación con este tema, consultar: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 15 de enero de 2009, rad. 2001-00433-01.

ESTIPULACION PARA OTRO O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO - Efecto retroactivo de la aceptación del tercero beneficiario

La aceptación que el tercero manifiesta respecto de la estipulación que se ha efectuado a su favor genera efectos retroactivos al momento de la celebración de la convención entre estipulante y prometedora, al tiempo que determina el surgimiento de una relación contractual entre el beneficiario y el prometedora, en virtud de la cual, precisamente, aquél en condición de acreedor podrá exigirle al prometedora el cumplimiento de su obligación. (...) En el evento de que se ratifiquen actos o contratos regidos por el Código de Comercio, a tales ratificaciones se ha de aplicar lo previsto en el artículo 844 del mismo Código, según el cual: "Artículo 844.- La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros". El efecto retroactivo de la estipulación ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha adoptado la teoría de la adquisición directa del derecho por parte del beneficiario, de acuerdo con Jossierand, los hermanos Mazeaud, Messineo y Alessandri.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 844

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 15 de enero de 2009, rad. 2001-00433-01.

PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA - Adhesión de terceros

El Decreto 1818 de 1998 prevé la intervención de terceros en los procesos arbitrales, así como la adhesión al arbitramento por parte de quienes no estipularon el pacto arbitral, según los dictados de los artículos 149 y 150 de esta norma jurídica, lo cual significa que si la propia ley contempla y garantiza que un tercero que no ha suscrito la cláusula compromisoria pueda adherir a la misma y, por ende, darle validez al proceso, no existe razón alguna para que esa adhesión que la ley permite, previa citación, en este caso no haya de tener efectos, como lo

mencionó la recurrente, además que, según lo ha señalado la doctrina, puede presentarse el caso de una aceptación tácita o expresa, en el evento de que se ejecute un contrato contentivo de cláusula compromisoria que no fue suscrita por alguna o por ninguna de las partes.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 149 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 150

PACTO ARBITRAL O CLAUSULA COMPROMISORIA - Las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas

Desde el momento mismo en que se suscribió la primera cláusula compromisoria se expresó la voluntad de los miembros del Consorcio de acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias derivadas del contrato MI-100, lo cual vincula a la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., excepto en lo referente al procedimiento previo fijado en la modificación para acudir al procedimiento arbitral. Al respecto se observa que la modificación que el otrosí número 13 introdujo a la cláusula arbitral inicialmente suscrita, básicamente, se refiere a temas relativos al procedimiento previsto por las partes para acudir al arbitramento y que en momento alguno alteró la inequívoca decisión de las partes de someter los conflictos derivados de ese contrato a un Tribunal de Arbitramento regido por el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. En esta ocasión se reitera que tales requisitos no tienen la virtualidad de condicionar el acceso a la justicia arbitral, toda vez que, como lo ha precisado la Sala de Sección, las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales; así lo ha señalado la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Se puede consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32871.

ARBITRAJE COMERCIAL - Tipos o clases de arbitraje: nacional, extranjero e internacional

Para poder calificar un arbitraje como internacional, se hace necesario establecer diferencias precisas entre los distintos tipos de arbitrajes, entre los cuales se encuentran: i) el nacional; ii) el extranjero y iii) el internacional.

ARBITRAJE COMERCIAL - Tipos o clases de arbitraje: nacional / ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL - Noción, concepto

El arbitraje nacional es aquel que se tramita bajo las reglas del ordenamiento jurídico de un Estado sin que concurran, bien sea partes o intereses extranjeros.

ARBITRAJE COMERCIAL - Tipos o clases de arbitraje: extranjero / ARBITRAJE COMERCIAL EXTRANJERO - Noción, concepto

El arbitraje extranjero es aquel que se tramita por fuera del territorio en el cual se pretende hacer valer el laudo. Para el caso colombiano, aquel que es realizado por fuera del territorio nacional.

ARBITRAJE COMERCIAL - Tipos o clases de arbitraje: internacional / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - Noción, concepto / ARBITRAJE COMERCIAL - Tipos o clases de arbitraje: internacional. Condiciones para su determinación / ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - Condiciones para su determinación

El arbitraje internacional resulta difícil de definir, ya que en ciertas ocasiones se confunde con el arbitraje extranjero. Sin embargo, la Ley 315 de 1996 resolvió este inconveniente en su artículo primero, toda vez que estableció los criterios que determinan cuándo un arbitraje debe ser considerado internacional, (...) para que un arbitraje sea considerado internacional debe cumplir dos condiciones: i) que las partes lo hubieren pactado expresamente y ii) que además se cumpla con uno cualquiera de los cinco eventos previstos. (...) Como atrás se mencionó, tanto el contrato MI-100 de 1995 como la cláusula compromisoria y su modificación se suscribieron por una entidad del sector público colombiano y varias sociedades extranjeras, con lo cual se cumple con el primero de los criterios contemplados en la Ley 315 de 1996, como es el que tuviesen sus domicilios en Estados diferentes. Adicionalmente, si bien esta Sala considera en exceso formalista la exigencia relativa a la calificación por las partes del arbitramento como internacional, se encuentra que en la modificación introducida en el otrosí número 13, en julio 6 de 2004, las partes así lo consignaron. Se observa que en el acuerdo arbitral de las partes contenido en el Otrosí No. 13 de julio 6 de 2004, modificatorio de la cláusula compromisoria originalmente pactada en el Contrato MI-100, éstas acordaron expresamente el sometimiento de todas las controversias que se suscitaran entre ellas a un arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes del contrato MI-100 convinieron, además, que el arbitramento se adelantaría en la ciudad de Bogotá y que el derecho sustantivo sería el colombiano. (...) Se advierte que en virtud de las prescripciones contenidas en el artículo 2º de la Ley 315 de 1996, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad bien podían pactar un reglamento de arbitraje diferente al nacional, como en efecto lo hicieron, al acudir a un reglamento institucional. (...) En relación con la sede del Arbitraje, como se mencionó, fue acordado por las partes que éste se adelantaría en la ciudad de Bogotá, por lo cual se advierte que precisamente por esa razón no se está en presencia de un arbitramento extranjero, toda vez que el que se examina se adelantó dentro del territorio colombiano y, además, se hace exigible dentro del mismo territorio.

FUENTE FORMAL: LEY 315 DE 1996 - ARTICULO 2

CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - Sujeto de derecho privado: Regulación y reglamento en materia de arbitraje internacional

La Cámara de Comercio Internacional - CCI - es una entidad privada con sede en París, cuyo objetivo constituye la promoción mundial del comercio, cuenta con comités en diversos países y 16 comisiones, una de las cuales se encarga de la promoción de los métodos alternos de solución de conflictos.

ARBITRAJE COMERCIAL EN CONTRATACION ESTATAL - Estipulación del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009 / ARBITRAJE COMERCIAL - En contratación estatal. Estipulación del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009

El artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, mediante el cual modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, prescribe que “tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”, lo cual pareciera dar a entender que la posibilidad de acudir a un procedimiento institucional se encuentra reservada únicamente para los particulares y no para las entidades estatales. La Sala no abordará esta discusión,

toda vez que esta última norma no resulta aplicable al procedimiento que ahora se cuestiona en sede del presente recurso extraordinario de anulación, en tanto la suscripción de la cláusula compromisoria fue anterior a su expedición.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 6

LAUDO ARBITRAL - Carácter final, definitivo e inapelable / LAUDO ARBITRAL - Posibilidad de renunciar a la interposición del recurso de anulación, estipulación consagrada en el artículo 107 de la Ley 1563 de 2012 / RECURSO DE ANULACION - De laudo arbitral. Posibilidad de renunciar a la interposición del recurso de anulación / LAUDO ARBITRAL - Jurisdicción contencioso administrativa. Competencia para conocer de laudos arbitrales internacionales / LAUDO ARBITRAL - Renuncia a la interposición del recurso de anulación en el ordenamiento colombiano podría vulnerar el derecho al debido proceso / LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - Juez competente. Aplicación del principio de *lex fori*

Se resalta en este punto que tanto en la cláusula compromisoria inicialmente suscrita como en su posterior modificación, se dejó consignado que el laudo proferido tendría “carácter final, definitivo e inapelable”, lo que, en principio, parecería sugerir que carece de recurso alguno. (...) No obstante lo anterior, según lo entiende la Sala, en lo cual coincide la doctrina especializada, el carácter “final, definitivo e inapelable” hace referencia al hecho de que el fondo del litigio se resuelva de manera definitiva, es decir, que el mismo no sea objeto de apelación o de revisión posterior y, por regla general, sólo cabe contra la decisión que resuelve el litigio el recurso de anulación sobre aspectos meramente formales o procedimentales. En principio se podría asumir que el haber convenido las partes que el laudo sería final, definitivo e inapelable implicaba una renuncia a interponer al recurso de anulación, en los términos del artículo 28 del reglamento de la C.C.I., según el cual: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. Como se observa, el Reglamento condiciona la renuncia a recurrir el laudo arbitral a la validez jurídica que esa posibilidad pueda tener en el lugar en el cual los recursos hayan de interponerse, lo cual, en el caso colombiano, para ese momento no resultaba procedente, toda vez que la ley no regulaba esa opción y consagraba la posibilidad de interponer, si a bien lo tenía la parte interesada, el recurso de anulación, a diferencia de lo que hoy se consagra en el nuevo Estatuto Arbitral, cuyas disposiciones, se insiste, no le son aplicables al caso que se estudia. Así pues, si bien en algunos países se encuentra contemplada la posibilidad de renunciar a interponer el recurso de anulación y actualmente en Colombia, con restricciones, no obstante, para esa época, esta opción carecía de regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano. (...) ha de señalarse que una renuncia previa a interponer el recurso de anulación podría ser contraria al orden público internacional en la medida en que podría resultar violatoria del debido proceso, en aquellos eventos en los cuales el laudo arbitral lo vulnerare y la parte afectada no llegare a tener oportunidad de defenderse. (...) Al lado de lo anterior, se encuentra que, si bien las partes del contrato MI-100 válidamente acudieron al reglamento de la CCI para adelantar el procedimiento arbitral, tal reglamento nada dispone acerca del recurso de anulación, por lo que ratificará en esta ocasión la Sala lo dicho por la Corporación en oportunidad anterior, en el sentido de que se debe acudir en estos casos a la *lex fori* en relación con el juez competente y las causales. (...) Igualmente, (...) es competente para conocer del caso, por cuanto, a pesar de que el contrato MI-100 se rige por las normas del Derecho Privado, al

conflicto se encuentra vinculada una entidad estatal. Así pues, para efectos de realizar el análisis de competencia y de pertinencia de las causales de anulación invocadas, corresponde reiterar que en el presente caso la convocada ISAGEN S.A. E.S.P., es una entidad pública, con lo cual se cumplen los requisitos previstos por el artículo 82 del C.C.A. -modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006-, por el numeral 5º del artículo 128 del C.C.A. -modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998- y por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, para que esta Corporación conozca, en única instancia, de los recursos de anulación interpuestos.

FUENTE FORMAL: CONVENCION DE NUEVA YORK SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS DE 10 DE JUNIO DE 1985 DE LAS NACIONES UNIDAS / CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL - ARTICULO 28 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 107

RECURSO DE ANULACION - Estudio del recurso según aplicación de la lex fori y taxatividad de las causales y el procedimiento del tribunal según reglamento acogido. Aplicación del reglamento arbitral de la Cámara de Comercio Internacional / RECURSO DE ANULACION - Causales de estudio. Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Estudio de causales según ley colombiana, Decreto 1818 de 1998 y aplicación del procedimiento arbitral de conformidad con el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

Se examinará el recurso de conformidad con las causales contenidas en el Decreto 1818 de 1998, único recurso de anulación previsto para la época, dado que la Ley 315 de 1996 no hace referencia alguna al respecto y si bien se reconoce que el tema no es pacífico, se acogen las mencionadas causales, en primer lugar, en aplicación de la lex fori y, en segundo lugar, en razón de la taxatividad de las causales respecto de éste y de los recursos en general, por lo que acoger criterios diferentes, por vía de interpretación, podría resultar violatorio del debido proceso de las partes. (...) Ahora bien, (...) cada una de las causales alegadas en esta oportunidad, en cuanto corresponda a las actuaciones del Tribunal de Arbitramento, se examinará a la luz de las reglas de procedimiento de la CCI, con las cuales se adelantó el procedimiento arbitral y se expidió el respectivo laudo.

FUENTE FORMAL: LEY 315 DE 1996 / DECRETO 1818 DE 1998

RECURSO DE ANULACION - Principio de legalidad / RECURSO DE ANULACION - Regla general: Revisión por vicios de procedimiento o in procedendo / RECURSO DE ANULACION - Excepción: Revisión por vicios de fondo o in judicando

El recurso de anulación se funda sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento (in procedendo) en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y de manera excepcional por vicios de fondo (in judicando). Sobre este tema ha expresado la Jurisprudencia de la Sala de Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver la sentencia de 27 de mayo de 2004, exp. 25156.

RECURSO DE ANULACION - Diferencias entre vicios de procedimiento o in procedendo y vicios de fondo o in judicando. Su diferencia determina la competencia del juez

La diferencia entre los errores de procedimiento y los errores sustanciales es muy importante para limitar las funciones del Consejo de Estado, en relación con su competencia para examinar el recurso extraordinario de nulidad de los laudos arbitrales; al respecto resulta ilustrativa la sentencia 17.704 proferida el 17 de agosto del año 2000 en la que se razonó de la manera que sigue: (...) Acudirá entonces la Sala al examen del recurso con fundamento en las causales previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163

NOTA DE RELATORIA: En lo referente al tema de competencia para el estudio del recurso de anulación de laudos arbitrales ver la sentencia de 17 de agosto de 2000, exp. 17704.

RECURSO DE ANULACION - Requisitos para la admisibilidad y estudio

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998, así como en los términos del artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 – modificadorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que su presentación sea oportuna; b) que se haga por escrito ante el respectivo Tribunal de Arbitramento; c) que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d) so pena de que el recurso sea declarado desierto, que las causales sean sustentadas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 161 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 164 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto ilícito o causa ilícito. Decreto 1818 de 1998 artículo 63 numeral 1 / NULIDAD - Pacto arbitral. Por objeto ilícito o causa ilícito según numeral 1 del artículo 63 del Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto ilícito o causa ilícito. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo

A propósito de la posibilidad de obtener la anulación del laudo con fundamento en la nulidad del pacto arbitral, esta Sala ha expresado que las causales de nulidad se refieren al pacto arbitral; en efecto, así se ha pronunciado: (...) Asimismo, en reciente pronunciamiento de la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación se precisó que los presupuestos en los cuales se funda esta causal son de carácter sustantivo y “por ende mal puede entenderse que en alguna parte del precepto se está permitiendo atacar el laudo por las nulidades procesales que enlista el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140

NOTA DE RELATORIA: Se puede consultar las sentencias: 27 de marzo de 2008, exp. 33644; 29 de enero de 2009, exp. 35485 y 1 de febrero de 2012, exp. 41471.

RECURSO DE ANULACION - Inexistencia de un acto e invalidez de un acto: diferencias

Si bien la Sala ya se pronunció respecto de la existencia de la cláusula compromisoria, como presupuesto para conocer del presente recurso, no puede dejar de advertir que la inexistencia no puede tener cabida dentro de esta primera causal, toda vez que la misma alude a la nulidad absoluta del pacto arbitral, cuya declaratoria necesariamente presupone la existencia del mismo, por lo cual no se puede compartir lo afirmado en el recurso acerca de que “la inexistencia de un negocio jurídico tiene idénticos efectos que los actos absolutamente nulos”, según pasa a explicarse. (...) la nulidad necesariamente supone la existencia previa de un acto o de un contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse la validez o, lo que es lo mismo, en relación con el cual ha de constatarse la presencia de vicios que pudieren afectar dicha validez, lo cierto es que aunque viciado ese acto o contrato estará llamado a generar efectos hasta el momento en que lo aniquile la declaración judicial de nulidad; por el contrario, en el caso de la inexistencia se tiene que la misma excluye el perfeccionamiento del correspondiente acto o contrato y sólo deja para el mundo jurídico una mera apariencia, sin virtualidad de producir efecto alguno. Esta Corporación ha hecho la distinción en los siguientes términos (...) Según lo expuesto, la pretendida nulidad absoluta del pacto arbitral, derivada de la inexistencia del mismo será desestimada por la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver las sentencias de 8 de marzo de 2007, exp. 15052 y 22 de julio de 2009, exp. 16106.

RECURSO DE ANULACION - Nulidad absoluta por falta de consentimiento en la suscripción y modificación de la cláusula compromisoria. Deniega la solicitud

Reiteró que de conformidad con las prescripciones del artículo 898 del Código de Comercio, será inexistente el negocio jurídico al cual falte alguno de los elementos esenciales, entre los cuales se encuentra el consentimiento. (...) concluyó la Sala que el Consorcio contratista, a través de su representante, otorgó el consentimiento de las sociedades que lo integraban, incluida Alstom Power Italia, en virtud tanto de la cláusula compromisoria suscrita con el contrato MI-100, como de la modificación efectuada el 6 de julio de 2004. (...) También se analizó que la nulidad necesariamente supone la existencia previa de un acto o de un contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse su validez o, lo que es lo mismo, en relación con el cual ha de constatarse la presencia de vicios que pudieren afectar dicha validez, (...) Dado que en este caso ningún argumento se formuló para atacar la validez del contrato contenido de la cláusula compromisoria, dado que se alegó ausencia de consentimiento –propio de la inexistencia que no de la nulidad absoluta-, y que, tampoco encuentra la Sala que tal vicio se hubiere presentado, despachará negativamente la alegada causal.

RECURSO DE ANULACION - Nulidad relativa: Por error en la persona, esto es, por vicio en el consentimiento dado en uno de los integrantes del consorcio

En relación con la nulidad relativa también alegada por ISAGEN, por la ocurrencia de error en la persona y por dolo, encuentra la Sala que tal petición por sí misma

resulta contradictoria, toda vez que, no puede alegarse al mismo tiempo que no existió consentimiento pero que éste estuvo viciado, no obstante, se efectuará el análisis tendiente a indagar si el consentimiento otorgado para modificar la cláusula compromisoria se encontraría viciado de nulidad relativa, en razón de los cargos formulados por la recurrente. (...) Ahora bien, en tratándose de un contrato regido por el Código de Comercio, la figura aplicable en ese caso sería la de la anulabilidad, a la cual se refiere este Código, en los siguientes términos: (...) Tal como lo refleja con claridad el propio texto del aludido artículo 900 del C. de Co., la acción de anulabilidad sólo podrá ejercerla la persona en cuyo favor se ha consagrado la figura o sus herederos, es decir aquella afectada por la correspondiente incapacidad relativa o por el respectivo vicio del consentimiento, por manera que no podrá ser alegada por el Ministerio Público ni habrá lugar a su declaración oficiosa por parte del juez. Dado que en este caso se afirmó que se había presentado error y dolo, como vicios del consentimiento, acudirá la Sala a las disposiciones contenidas en el Código Civil para su examen. (...) Prescribe el artículo 1512 del Código Civil que el error acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar “no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”. (...) el cargo será desestimado en razón de no haberse acreditado que el presunto error en la persona alegado por la parte demandada hubiere resultado determinante para la suscripción de la cláusula compromisoria y, como antes se expresó, este asunto no puede ser examinado de manera oficiosa por la Sala.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 900 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1512

ANULABILIDAD DE UN NEGOCIO JURIDICO - Causales para su procedencia / ANULABILIDAD - De un negocio jurídico. Causales para su procedencia: aplicación del artículo 900 del Código de Comercio C Co

Según se desprende de la citada norma, la anulabilidad de un negocio jurídico tiene lugar ante la ocurrencia de alguna de las siguientes causales: i).- Que el contrato hubiere sido celebrado por una persona relativamente incapaz; ii).- Que el contrato hubiere sido consentido por error; iii).- Que el contrato hubiere sido consentido por fuerza; iv).- Que el contrato hubiere sido consentido por dolo. La norma legal transcrita agrega, además, que los aspectos atinentes a la incapacidad relativa, así como a los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), se regirán “... (sic) conforme al Código Civil”.

RECURSO DE ANULACION - Nulidad relativa: Por dolo / RECURSO DE ANULACION - Nulidad relativa: Por dolo. Aplicación de los artículos 1515 y 1516 del Código Civil

En cuanto al dolo, prescribe el artículo 1515 del Código Civil que éste vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y, además, cuando aparezca claramente demostrado que sin la ocurrencia de esa circunstancia no se habría celebrado el contrato. (...) el artículo 1516 del Código Civil que el dolo sólo se presume en los casos expresamente contemplados en la ley y que en los demás casos debe probarse, como en este caso. (...) Sostiene la Corte Suprema de Justicia que el dolo “en el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación, consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto.” (...) Sostuvo la recurrente que las sociedades ABB Sae Sadelmi S.p.A. y Alstom Power Italia, efectuaron una serie de maniobras fraudulentas tendientes a ocultar la transferencia efectuada entre

estas sociedades, en razón de las cuales ISAGEN suscribió la modificación de la cláusula compromisoria, lo cual viciaba su consentimiento. (...) No encuentra la Sala acreditado que se hubiere fraguado una maniobra fraudulenta para obtener su consentimiento, el cual, además, en relación con la cláusula compromisoria se había otorgado desde la suscripción del contrato MI-100 y, por el contrario, considera la Sala que resulta incontrovertible que la escritura de Conferimento se otorgó mediante un documento público ante notario en abril 29 de 1998, el cual fue inscrito en el Registro de las Empresas de Milán el 20 de mayo del mismo año. (...) Adicionalmente, no se presentaron argumentos que llevaran a sostener que de haber conocido la ocurrencia de la transferencia la ahora recurrente no habría accedido a convenir modificaciones respecto de la cláusula compromisoria; así pues, por las razones expuestas, no prospera la causal de nulidad relativa en razón del alegado dolo.

NOTA DE RELATORIA: Así, se puede consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de marzo de 2012, rad. 11001-3103-010-00026-01 y sentencias de 29 de junio de 1911 y 23 de noviembre de 1936, Gaceta Judicial, Tomo XLIV, p. 483.

DOLO - Noción. Aplicación en recurso de anulación de laudo arbitral / DOLO - Noción. Artículo 63 del Código Civil

De conformidad con el contenido del artículo 63 del Código Civil “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 63

DOLO - Elementos para su configuración / DOLO - Configuración: Elementos

En relación con los elementos que debe contener el dolo para que tenga la virtualidad de viciar el consentimiento ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia que éste debe ser: i) obra de una de las partes; ii) Determinante, esencial, definitivo e incidente en la obtención del consentimiento; iii) Se debe acreditar que sin la ocurrencia del dolo no se habría celebrado el contrato y iv) Por regla general, debe probarse.

NOTA DE RELATORIA: Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y sentencias de 29 de junio de 1911 y 23 de noviembre de 1936, Gaceta Judicial, Tomo XLIV, p. 483.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Conformación debe seguir los parámetros legales designados en cada caso / RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que se haya alegado expresamente en la audiencia de trámite. Aplicación del artículo 163 numeral 2 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por falta de integración del tribunal de arbitramento en forma legal. Aplicación del artículo 163 numeral 2 del Decreto 1818 de 1998

Encuentra la Sala que los argumentos esgrimidos por la recurrente no se refieren a la indebida integración del Tribunal, dado que los mismos hacen referencia a temas diferentes, cuales son: i) la alegada falta de legitimación en la causa para obrar de las sociedades demandantes; ii) el no agotamiento de los presupuestos procesales previos y iii) falta de competencia de la Cámara de Comercio

Internacional. Adicionalmente, se observa que si bien el procedimiento adelantado por el Tribunal de Arbitramento no se rigió por las normas contenidas en el Decreto 1818 de 1998, las cuales hacen referencia a la primera audiencia de trámite y a la necesidad de que la causal se alegue en esta audiencia, no obstante, en la que fuera realizada los días 13 y 14 de febrero de 2008, el Presidente del Tribunal preguntó a las partes si eran conscientes de alguna acusación contra alguno de los árbitros, a lo cual respondieron negativamente. (...) Además de no hacer parte de esta causal, el tema de la legitimación en la causa por activa de las sociedades convocantes fue estudiado y resuelto por el Tribunal, asunto respecto del cual concluyó lo siguiente: (...) En relación con el procedimiento previo a la convocatoria del Tribunal, como ya se expuso, ha de decirse que éste no tiene la virtualidad de limitar el acceso a la jurisdicción, sobre lo cual la Sala de Sección ha expresado: (...) Así pues, el agotamiento, o no, de tales procedimientos no se constituye en motivo para invalidar el Laudo Arbitral proferido, además de que el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional no establece requisito previo alguno para acudir al arbitraje y en su artículo 4 consagra que “[l]a parte que desee acudir al arbitraje según el presente Reglamento ha de dirigir su petición de arbitraje (la “demanda”) al Secretariado, que notifica al demandante y al demandado la recepción de la demanda y la fecha que en la misma consta.” (...) Respecto de la alegada falta de competencia, se tiene que ésta no se encuentra comprendida dentro de esta causal, toda vez que la misma puede ser alegada en el marco de la octava causal del artículo 163 del Decreto 1818, según la cual el Laudo se encontraría viciado de nulidad en tanto “decida más allá de lo pedido en la demanda (ultra petita), que decida sobre asuntos no pedidos en la demanda (extra petita), o incluso cuando los árbitros actúen por fuera de su competencia, bien sea porque el asunto no es objeto de transacción o porque esté por fuera de las expresas facultades otorgadas por las partes en el pacto arbitral.” (...) Por los argumentos expuestos, no prospera la causal alegada.

FUENTE FORMAL: CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL - ARTICULO 20 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: En lo referente con la integración del Tribunal ver la sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 35288. Así mismo, se puede consultar el fallo de 28 de enero de 2009, exp. 34239.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse dejado de decretar pruebas sin fundamento. Aplicación del artículo 163 numeral 4 del Decreto 1818 de 1998: Requisitos para su configuración / NULIDAD - Por haberse dejado de decretar pruebas sin fundamento: Requisitos para su configuración. Aplicación del artículo 163 numeral 4 del Decreto 1818 de 1998

Resulta necesario, remitirse a lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que regula esta causal, así como a lo que esta Corporación ha señalado al respecto (...) A partir del contenido de la norma en comentario es posible señalar que para que la causal se configure es necesario que i) la prueba hubiere sido oportunamente solicitada, ii) la omisión de su decreto o práctica no hubiere tenido sustento legal alguno, iii) la omisión de su decreto o práctica hubiere incidido en la decisión y, finalmente, que iv) el interesado hubiere reclamado respecto de tales omisiones en el tiempo y la forma debidos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 4

NOTA DE RELATORIA: Ver, las decisiones de 10 de marzo de 2005, exp. 37788 y 4 de diciembre de 2006, exp. 32871.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse dejado de decretar pruebas sin fundamento. Aplicación del artículo 163 numeral 4 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haberse dejado de decretar pruebas sin fundamento. Aplicación del artículo 163 numeral 4 del Decreto 1818 de 1998

Razonable resulta concluir que la oportunidad debida para alegar respecto de la negativa a decretar la prueba se dio en el curso de la mencionada audiencia, sin embargo y contrario a lo que pudiera considerarse como una objeción, la parte recurrente asintió en el sentido de manifestar que si el Tribunal consideraba tener la suficiente ilustración para resolver sin necesidad de practicar la visita podría resolver sin llevar a cabo la inspección a la obra, afirmación ésta con la que dejó libre de reparos la determinación que al respecto adoptó el fallador. Finalmente y a pesar de que los argumentos expuestos constituyen sustento suficiente para rechazar la causal de anulación propuesta - únicamente en lo que se refiere al cargo que hasta aquí se ha analizado -, considera la Sala necesario precisar que el requisito de la incidencia de la prueba no decretada o no practicada en el fallo no se cumple con realizar una mera afirmación al respecto, sino que, como ya lo ha dicho esta Corporación, corresponde al recurrente acreditar dicha circunstancia, lo que implica un esfuerzo argumentativo que permita establecer “la virtualidad de la prueba para demostrar la existencia de un hecho litigado que de origen a un derecho” y que, por tanto, implique que la decisión final del Tribunal de Arbitramento hubiere podido variar con la presencia del respectivo medio demostrativo. (...) [además] que la parte demandada no estableció, como era de su cargo hacerlo, que la supuesta “prueba ilegal” hubiere tenido incidencia alguna respecto de la decisión final adoptada en el laudo arbitral, pues nada indicó para efectos de determinar que los argumentos que se soportaron en el dictamen pericial A2 Group hubieren tenido sustento en el archivo fuente “P3AP” allegado por la convocante mediante la comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006, de donde se alega la presunta ilegalidad de la prueba, incidencia que, como viene de verse, tampoco es posible dar por sentada a partir del texto de la mencionada providencia y, en consecuencia, este argumento del recurso no tiene la virtualidad suficiente para anular el laudo arbitral demandado o parte de él. (...) Así entonces, dado que la parte interesada no argumentó ni acreditó que las pruebas a las que hizo referencia hubiesen tenido incidencia en el laudo arbitral objeto del recurso, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede consultar el fallo de 3 de febrero de 2010, exp. 36364.

PRUEBAS - Prueba ilegal. Prueba viciada / PRUEBAS - Laudo arbitral. La parte recurrente debe señalar y argumentar el vicio y la incidencia de éste en la prueba que señala como prueba ilegal / PRUEBAS - Prueba ilegal. La solución es la exclusión de ese solo medio demostrativo y no la contaminación de todo el caudal probatorio

La importancia de que la parte recurrente señale y argumente la incidencia de la prueba viciada de nulidad respecto de la decisión que se objeta se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, como de manera acertada lo refirió el Ministerio Público siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, la sanción que se predica de la prueba obtenida con violación del debido proceso es la exclusión de ese solo medio demostrativo y no la contaminación de todo el caudal probatorio y a partir de ello la invalidación del respectivo proceso, hecho que sólo

tendría lugar si no existieran dentro del plenario otras pruebas válidas y determinantes con sustento en las cuales hubiera sido posible proferir una determinada decisión, o cuando esa prueba hubiera sido la única obrante en el proceso.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga. Aplicación del artículo 163 numeral 5 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga. Aplicación del artículo 163 numeral 5 del Decreto 1818 de 1998 / LAUDO ARBITRAL - Prórroga del plazo para su expedición

La Sala de Subsección, en reciente providencia se pronunció respecto de las prórrogas surtidas para la expedición del laudo arbitral, en el sentido de que los árbitros pueden hacerlo cuando la complejidad del asunto lo aconseje como considere necesario para la expedición del laudo arbitral. Al respecto así se pronunció: (...). En el presente caso la norma aplicable se encuentra contenida en el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en los siguientes términos: “Artículo 24.- Plazo en el que debe dictarse el laudo arbitral. 1. El tribunal arbitral debe pronunciar su laudo en un plazo de seis meses. Este plazo correrá desde el día en que la última firma del tribunal arbitral o de las partes se haya puesto sobre el acta de misión o en el caso previsto en el artículo 18, párrafo 3, desde la fecha de notificación al tribunal arbitral por la secretaria de la aprobación de acta de misión. 2. La corte puede, a petición motivada del tribunal arbitral, o en su caso de oficio, prolongar este plazo, si lo estima necesario.” De conformidad con esta norma, si bien el plazo máximo para expedir el laudo es de seis meses, no obstante, el Tribunal puede prorrogarlo, a petición de parte o de manera oficiosa, de acuerdo con lo que él mismo estime necesario. En virtud de lo dispuesto en la cláusula Trigésimo Tercera del Contrato y en el otrosí que la modificó, no cabe duda para la Sala que cualquier controversia o desavenencia que se derivara del contrato MI-100 sería resuelta de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En ese contexto y de conformidad con la causal invocada “Haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga (artículo 163 [5] del Decreto 1818 de 1998)” (...) advierte la Sala que para determinar si se configura la causal referida por el recurrente, resulta necesario remitirse al artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional atrás mencionado. (...) En razón de la normativa precitada no es aceptable para la Sala el argumento del recurrente - que considera que la prórroga del plazo para proferir el laudo sólo es posible si existe un cronograma claro del Tribunal o una justificación razonable de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional-, toda vez que el numeral segundo de esta disposición no establece ningún requerimiento o exigencia de ese tipo en cuanto a la prórroga del plazo para proferir el laudo. Tampoco tiene asidero la afirmación de la recurrente en el sentido de que los vacíos en el procedimiento de la Cámara Internacional de Comercio deben llenarse con el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998, toda vez que a este procedimiento le resultaba aplicable lo previsto en la Ley 315 de 1996, en virtud de la cual no sólo se podía sino que debían darle aplicación al Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio, toda vez que fue lo acordado por las partes y únicamente se debía acudir a las normas colombianas para los temas sustantivos, mas no para los procedimentales. (...) Desestimado el argumento del recurrente, cabe advertir que de conformidad con el numeral primero del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el plazo que

tiene el Tribunal para proferir el laudo es de 6 meses que “correrá desde el día en que la última firma del tribunal arbitral o de las partes se haya puesto sobre el acta de misión o en el caso previsto en el artículo 18, párrafo 3, desde la fecha de notificación al tribunal arbitral por la secretaria de la aprobación de acta de misión.” En vista de que el plazo para la expedición del laudo fue objeto de diversas prórrogas, encuentra la Sala que el laudo proferido el 2 de julio de 2010 se dictó dentro del plazo concedido, toda vez que dicho plazo se extendió hasta la fecha de la última prórroga, es decir, hasta el 31 de julio de 2010. (...) En consideración a lo anteriormente expuesto, advierte la Sala que el laudo fue proferido antes del vencimiento del plazo concedido, razón por la cual, no se encuentra configurada la causal invocada por el recurrente con base en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

FUENTE FORMAL: CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL ARTICULO 28 / CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL ARTICULO 15 / LEY 315 DE 1996 - ARTICULO 2 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, se puede consultar: sentencia de 24 de marzo de 2006, exp. 31024.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998 / SENTENCIA - En equidad y en derecho: Diferencias

La jurisprudencia de la Sala, en muchos de sus pronunciamientos, se ha referido a las características que identifican tanto el fallo dictado en conciencia como aquel que se profiere en derecho. (...) Posteriormente, mediante sentencia calendada el 14 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de esta Corporación precisó que se estaba ante un fallo en conciencia cuando el juez desconocía íntegramente el acervo probatorio para tomar sus decisiones: (...) Más adelante, a través de sentencia fechada el 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos: (...) También ha precisado la Sala que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. (...) Asimismo se ha pronunciado la Sala en el sentido de no confundir el fallo en conciencia con la decisión equivocada; así discurrió la Corporación (...) Las características expuestas en la citada sentencia fueron recogidas por esta Subsección en una Sentencia de enero 27 de 2012, con el propósito de diferenciar la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial (...). Definidas así las características más representativas de los denominados fallos en conciencia, procede la Sala a analizar las hipótesis con sustento en las cuales la parte recurrente señaló que la causal 6ª del Decreto 1818 de 1998 se configuró en el laudo arbitral cuya anulación pretende. Para ello, resulta pertinente examinar de manera previa el contenido de la cláusula compromisoria mediante la cual se delimitó el marco de competencia del Tribunal de Arbitramento, (...) A partir del

texto de la cláusula compromisoria transcrita es posible determinar que las partes acordaron expresamente someter todas las desavenencias o controversias que entre ellas se presentaran con ocasión del contrato de obra MI-100 al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento, el cual, para resolver el conflicto que se le pusiera en su conocimiento, debía fallar en derecho y no en conciencia. Ratifica lo anterior el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, escogido por las partes desde la suscripción del contrato MI-100 para dirimir las controversias derivadas del mismo, según el cual el laudo arbitral que se profiera bajo sus reglas, salvo que las partes dispongan investir de otras facultades a los árbitros, será en derecho. (...), cosa que en el caso de autos no tuvo lugar. (...)

FUENTE FORMAL: CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 6 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 868

NOTA DE RELATORIA: En este tema, ver los fallos: sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695; 14 de septiembre de 1995, exp.10468; 4 de mayo de 2000, exp. 16766; 9 de agosto de 2001, exp. 19273; 23 de agosto de 2001, 28 de noviembre de 2002, exp. 22191; 2 de octubre de 2003, exp. 24320; exp. 19090; 13 de febrero de 2006, exp. 29704.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Reparto de culpas. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Reparto de culpas. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998

A partir de la transcripción acabada de hacer se pueden extraer las siguientes conclusiones: *i)* El Tribunal analizó los resultados de las experticias efectuados por los peritos designados por las partes; *ii)* A partir de tales análisis encontró que se presentaba concurrencia de culpas; *iii)* Concluyó que era difícil cuantificar la proporción de las culpas en razón de los desacuerdos de los peritos y, en consecuencia, estimó parcialmente la pretensión de la demanda en lo que a este reclamo se refiere. (...) A partir de las conclusiones antes mencionadas se evidencia que el Tribunal de Arbitramento decidió con base en las pruebas aportadas, así como en la interpretación del contrato, a partir de lo cual se remitió al Código de Comercio y procedió de conformidad con la técnica de una de las experticias aportadas al proceso.

FUENTE FORMAL: CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 6

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Condena pago de perjuicios. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Condena pago de perjuicios. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998

El Tribunal arribó a la conclusión de que la entidad era la responsable por el retraso en la reparación de los dinteles y las recatas, en tanto a ella correspondía la obligación de entregar la información relativa a los planos modificatorios; conclusión a la que llegó en razón de que la entidad convocada no acreditó que hubiese entregado tal información de manera oportuna. El análisis de los plazos en los cuales debía entregarse la información se efectuó a partir de los documentos del contrato (...) Así pues, para la Sala esta decisión no obedece a la ausencia de pruebas sino a las reglas relativas a la carga de la prueba, lo cual en manera alguna puede considerarse como una decisión en conciencia.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Condena por sobrecostos. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo: Condena por sobrecostos. Aplicación del artículo 163 numeral 6 del Decreto 1818 de 1998

Así las cosas, habiéndose establecido que el Tribunal de Arbitramento tenía competencia para proferir un laudo en derecho y no en conciencia, encuentra la Sala acreditado el primer requisito para que la causal de anulación alegada pueda prosperar, en consecuencia, procede ahora al análisis de los argumentos en los que la parte interesada sustentó su existencia. (...) El Tribunal arribó a la conclusión de que existió un incumplimiento por parte de la entidad demandada respecto del deber de actuar de buena fe y, con sustento en ello, resolvió condenarla al pago de los perjuicios que, según afirma, se derivaron de dicha inobservancia. Pues bien, dado que la decisión arbitral en lo que a este aspecto se refiere tuvo por sustento el desconocimiento de un principio general del derecho que se encuentra expresamente regulado al interior del ordenamiento jurídico colombiano y que de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula compromisoria trigésimo tercera del contrato de obra MI-100, en concordancia con lo fijado en el Acta de Misión suscrita por ellas, el laudo arbitral en lo sustancial debía regirse por las normas colombianas, para efectos de resolver sobre este cargo del recurso resulta necesario hacer las siguientes consideraciones: (...) Las conductas de lealtad, honestidad y diligencia a las que la doctrina hace alusión, son también predicables respecto de los negocios jurídicos, toda vez que éstos se presumen celebrados de buena fe y obligan no sólo a lo que el tenor literal del respectivo convenio estipule, sino a todo aquello que de su naturaleza intrínseca se desprenda. La buena fe contractual implica entonces que en virtud de ella en el convenio sea posible identificar otras obligaciones y prohibiciones que por la virtualidad de la norma escrita no hubieren quedado contempladas de manera expresa en el contrato. (...) Sobre este particular, la legislación colombiana, en el artículo 1603 del Código Civil, (...) cabe destacar que a pesar de que existen materias en las que el legislador ha establecido expresamente que la mala fe puede ser presumida, la regla general no es esa y, en consecuencia, salvo que la ley disponga lo contrario, las actuaciones o comportamientos que le sean contrarios deben ser plenamente acreditados. (...) Establecido entonces el marco normativo del principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano y sus implicaciones en el ámbito contractual, procede la Sala a estudiar si el fallo arbitral sobre este aspecto de la reclamación se profirió en conciencia o en derecho como correspondía. (...) a partir del análisis que antecede, resulta razonable concluir que los árbitros en su íntima convicción sobre lo que consideraron justo y equitativo según su propio criterio personal y por razones que no se encuentran expresamente plasmadas en el laudo, estimaron que la interventoría había actuado de mala fe, lo que permite concluir que en este

aspecto el laudo se profirió, no en derecho como correspondía sino en conciencia y, por tanto, en lo que a este preciso aspecto se refiere la providencia será anulada.

FUENTE FORMAL: CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 6 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver, Corte Constitucional, sentencia C 982 de 2001 y C 1194 de 2008. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15469.

RECURSO DE ANULACION - Causal de estudio: Daño y su cuantificación. Aplicación del artículo 163 numeral 8 del Decreto 1818 de 1998 / NULIDAD - Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido: Daño y su cuantificación. Aplicación del artículo 163 numeral 8 del Decreto 1818 de 1998 / DAÑO - Cuantificación. Reglas usadas por tribunal de arbitramento internacional

Debido a que el sustento de la condena impuesta por este concepto en contra de la demandada será anulado, se releva la Sala de pronunciarse acerca de los argumentos que fueron expuestos en el recurso respecto de la cuantificación del daño. (...) La causal que se alega en esta oportunidad se configura a partir de uno cualquiera de dos supuestos: i) que el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o, ii) que el laudo haya concedido más de lo pedido. (...) el Tribunal se pronunció sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal indicada, esto es la demanda (...) Se advierte que la recurrente alega la ocurrencia de esta causal, básicamente, a partir de las siguientes afirmaciones: a) La nulidad del otrosí número 13, absoluta o relativa; b) El no agotamiento de los pasos previos para convocar al Tribunal, previstos en el mismo otrosí; c) El Tribunal se habría pronunciado respecto de hechos no decretados, allegados y debatidos, en razón a que la parte convocante no sustentó fácticamente varias de sus pretensiones; d) El Tribunal se pronunció sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal. Se ocupará entonces la Sala del examen de los cargos propuestos. (...) i) Respecto de la nulidad absoluta o relativa derivada de la modificación de la cláusula compromisoria, se remite la Sala a lo expuesto acerca de la primera causal, en el sentido de considerar que los cargos formulados por la recurrente no tenían la virtud de ocasionar la nulidad de la cláusula compromisoria. (...) ii) En cuanto a la afirmación de que los miembros del consorcio no agotaron los pasos previos a acudir al Tribunal Arbitral, reitera la Sala lo expuesto anteriormente en el sentido de que tales requerimientos no constituyen argumento suficiente para generar la nulidad del laudo expedido. Así pues, dada la existencia y la validez de la cláusula compromisoria, tanto la suscrita con el contrato MI-100, como la modificación efectuada el 6 de julio de 2004, observa la Sala que los árbitros se encontraban facultados para dirimir todas las desavenencias o controversias derivadas del mencionado contrato, luego, se entiende que la alegada incompetencia no podría derivarse de asuntos no contemplados en la cláusula compromisoria. (...) iii) Respecto de lo alegado por la recurrente en el sentido de que el Tribunal decidió sobre algunas pretensiones que no fueron sustentadas fácticamente, encuentra la Sala que no le asiste razón, toda vez que los fundamentos de hecho de tales pretensiones, que son las referidas a los reclamos (...), se encuentran descritos y detallados en las páginas 12 a 69 de la demanda arbitral (...) Frente a los reclamos relacionados con la Cantera Puente Hierro II, se encuentra que éstos fueron sustentados fácticamente, toda vez que, como se puede observar en la

demanda, páginas 12, 13, 14 y 64, se describieron in extenso las causas de las demoras en la explotación de la Cantera. En cuanto a los reclamos relacionados con el Pozo de Cables, se observa que fueron sustentados fácticamente, por cuanto se describieron las causas de los sobrecostos por condiciones locales diferentes a las previstas en la Licitación, tal como se evidencia en las páginas 14, 28, 33, 40 y 62 de la demanda. Igualmente, en lo que concierne a los reclamos relacionados con el Túnel de Fuga, (...). Observa la Sala que los reclamos relacionados con la Central Subterránea, (...), se describieron las causas de los sobrecostos por el cambio en el diseño para la construcción en el plano de licitación. En cuanto a los reclamos relacionados con el Llenado de Embalse, se encuentra que en la demanda la parte convocante describió las demoras en el inicio de las pruebas para las unidades de generación cuya causa imputó a que las condiciones hidrológicas no correspondían a lo previsto en los documentos de licitación, por tanto, este punto de la reclamación también se sustentó fácticamente. (...) Frente a los reclamos relacionados con el Túnel de Desviación, se observa que éstos se encuentran sustentados fácticamente, (...) Asimismo, en lo que respecta a los reclamos relacionados con la vía Dorada-Izasa, se observa (...) se generaron los sobrecostos por la paralización de la obra. En consecuencia, en lo que a estos reclamos se refiere tampoco le asiste razón a la parte recurrente. En lo atinente a los reclamos relacionados con el sistema de Control Total y de Telecomunicaciones, se encuentra que éstos fueron sustentados fácticamente, toda vez que en la demanda se describieron las causas de las demoras para el montaje del sistema de telecomunicaciones. (...) En lo que concierne a reclamos relacionados con la Pérdida Específica de Productividad, Perturbación Generalizada de Productividad, se observa también que la parte recurrente los sustentó fácticamente, al señalar, en síntesis, que debido a frecuentes interrupciones en la obra por cuenta de la entidad demandada, le fueron irrogados varios perjuicios. Finalmente, se puede ver que la parte demandante para efectos de sustentar fácticamente los reclamos relacionados con la aceleración de obras y actividades, se refirió a los sobrecostos por efecto de la aceleración implementada por el contratista en la vía Dorada - Izasa, a la aceleración del túnel de desviación, a la aceleración del túnel de fuga, a los costos adicionales por cuenta de la aceleración de las obras implementadas por el contratista para la construcción de la central subterránea, bocatoma y operación de la planta de concreto, a la aceleración de la cantera Puente Hierro II, la planta de trituración y la presa, así como a la aceleración en el montaje de equipos electromecánicos. (...) iv) En cuanto a la afirmación de que el Tribunal se pronunció sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal, específicamente hizo alusión la recurrente al reclamo 4.1 –a “Sobrecostos por Disponibilidad de Equipos y personal durante la Paralización de la Cantera Puente de Hierro II”, encuentra la Sala que este argumento tampoco tiene asidero, ya que el reclamo 4.1 se presentó dentro la demanda arbitral, como se observa en la siguiente transcripción del escrito contentivo de la misma (...) En virtud de lo citado, anota la Sala que no se violó el principio de congruencia en los aspectos alegados por la recurrente, toda vez que las pretensiones fueron debidamente soportadas y, además, las reclamaciones fueron presentadas oportunamente en la demanda arbitral. (...) En razón a lo expuesto, advierte la Sala que la causal invocada por el recurrente no se encuentra configurada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

FUENTE FORMAL: CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL -
REGLAMENTO INTERNO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL / DECRETO 1818
DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8

COSTAS - Condena. Laudo arbitral

Toda vez que prosperó una de las causales invocadas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, no procede en este caso condenar en costas a la parte recurrente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 165 INCISO 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00051-00(39332)

Demandante: CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Y OTROS

Demandado: ISAGEN S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por ISAGEN S.A E.S.P., en contra del laudo arbitral de 2 de julio de 2010, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con sujeción al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, el cual tuvo por objeto dirimir las controversias surgidas entre ella y el CONSORCIO MIEL, con ocasión de la ejecución del contrato de obra MI-100.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda arbitral.

El día 12 de noviembre de 2004 el Consorcio Miel, mediante apoderado judicial debidamente constituido, presentó ante la Cámara de Comercio Internacional demanda arbitral en contra de la sociedad ISAGEN S.A. E.S.P¹, con el fin de obtener la constitución de un Tribunal de Arbitramento.

2. Los hechos.

Los hechos en los cuales se fundó la demanda arbitral, se resumen de la siguiente manera:

¹Cuaderno denominado: "RC EI ESCRITOS DEL DEMANDANTE 1-38".

2.1. El Consorcio contratista resultó adjudicatario de una licitación abierta por la entidad pública demandada, cuyo objeto constituyó la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Miel I, en virtud de la cual, el día 24 de abril de 1995 se suscribió entre las partes el contrato de construcción de obra material MI-100.

2.2. La orden de iniciación de los trabajos correspondientes al objeto del contrato sólo se impartió el día 24 de diciembre de 1997, en atención a que, después de la firma, se presentaron trámites gubernamentales adicionales a los previstos inicialmente, así como el cambio de la propietaria.

2.3. El contrato celebrado sufrió considerables modificaciones, documentadas en trece otrosíes, además de la modificación a la cláusula relativa a la resolución de conflictos, a través de las cuales se efectuaron, en síntesis, los siguientes cambios: i) en las especificaciones de las obras; ii) en las fórmulas de reajuste; iii) en la composición del consorcio contratista; iv) en los precios del contrato; v) en los precios y en los plazos de algunos ítems; vi) en las cantidades de obra, entre otros.

2.4. El proyecto ejecutado tuvo unas dimensiones superiores a las previstas inicialmente en la licitación, tanto en capacidad instalada, como en generación de MW.

2.5. El plazo del contrato se amplió en 109 días.

2.6. Las pruebas finales de operación continua de las distintas unidades 1, 2 y 3 culminaron el 19 de noviembre de 2002.

2.7. En octubre 23 de 2002 las partes suscribieron el acta de recepción de obra civil, en virtud de la cual se declaró su terminación sustancial *"cumpliendo con las especificaciones y los requisitos del contrato"* y se dejó consignado que sólo restaba la ejecución de trabajos menores.

2.8. Las actas de recibo en operación comercial de las unidades 1, 2 y 3 se firmaron el 29 de noviembre de 2002 y el acta de entrega de la central en operación comercial se suscribió el 20 de diciembre de 2002.

2.9. En junio 10 de 2003 el Consorcio formuló una solicitud de reconocimiento de costos adicionales que agrupaba las presentadas entre diciembre de 1999 y agosto de 2002, excepto la reclamación sobre disminución de obra que fue incorporada a una reclamación de marzo 9 de 2004.

2.10. El Consorcio demandante, a través de una comunicación calendada el 28 de julio de 2004 reiteró a la demandada sus desavenencias y le informó acerca del comienzo del término de 60 días estipulado en el contrato para acudir al arbitraje. La demandada acusó recibo de esta comunicación en septiembre 17 de 2004.

3. Las Pretensiones.

Con fundamento en los hechos antes relacionados, la Convocante formuló las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: *Que se declare que, en relación con cada una de las reclamaciones descritas en el Capítulo anterior, durante la ejecución del Contrato MI-100, según corresponda a cada caso, acaecieron los riesgos a*

cargo de LA PROPIETARIA; existieron los cambios de especificaciones imputables a LA PROPIETARIA; se presentaron los incumplimientos de la Propietaria; ocurrieron las paralizaciones imputables a la Propietaria; se hicieron necesarias las aceleraciones de obra y actividades por causas imputables a la Propietaria; se presentó la disminución de obras imputable a la Propietaria; hubo lugar a una mayor permanencia de los recursos por razones atribuibles a la Propietaria, y surgió a favor del CONSORCIO MIEL el derecho a ampliación de plazos contractuales. EL CONSORCIO MIEL se reserva el derecho de demandar la reparación de deméritos patrimoniales por otros conceptos o causas aquí expuestos y que sean imputables o atribuibles a la PROPIETARIA.

“SEGUNDA: Que se declare que LA PROPIETARIA es civilmente responsable por el acaecimiento de los riesgos a su cargo; por el cambio de especificaciones que le son imputables; por los incumplimientos en que incurrió; por la paralización de obras y actividades que le es atribuible; por la necesidad de aceleración de obras y actividades por causas que le son imputables; por la disminución de obras que determinó; por la mayor permanencia de los recursos del CONTRATISTA que le es atribuible; por el desconocimiento del derecho a la ampliación de plazos contractuales del CONSORCIO MIEL, y por la imposición al mismo de multas injustificadas.

“TERCERA: Que se condene a LA PROPIETARIA a pagar al CONSORCIO MIEL, o cada una de las sociedades que lo conforman, según el caso, las compensaciones e indemnizaciones a que tiene derecho respecto de cada una de las reclamaciones descritas en el Capítulo anterior, las cuales en conjunto ascienden a las sumas de CIENTO VEINTE MIL TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS COLOMBIANOS (COL\$120.039'209.420.00) y VEINTIUN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DOCE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD\$21'974.412,00). Estos montos han sido determinados a valores históricos de causación a efectos de hacerlos coincidentes con las respectivas contabilidades. Con todo, el CONSORCIO MIEL se reserva el derecho de demandar resarcimientos por mayores valores, o en todo caso, por el monto que aparezca probado en el proceso.

“CUARTA: Que se condene a LA PROPIETARIA a pagar al CONSORCIO MIEL, o a cada una de las sociedades que lo conforman, según el caso, los ajustes, reajustes, corrección monetaria, costos de oportunidad del dinero e intereses que legal o contractualmente correspondan respecto de los montos a los que resulte condenada de conformidad con la pretensión anterior.

“QUINTA: Que se condene a LA PROPIETARIA a pagar al CONSORCIO MIEL, o a cada una de las sociedades que lo conforman, según el caso, las costas del presente arbitraje internacional, incluyendo todos los costos y gastos en que hayan de incurrir en relación con el mismo.”²

4. Demanda de reconvencción.

²Página 69 a 70 cuaderno denominado “RC El Escritos del demandante 1-38”.

Dentro del término para contestar la demanda arbitral, la entidad convocada presentó demanda de reconvencción arbitral³ en contra del Consorcio Contratista, con el propósito de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

“ISAGEN solicita al Tribunal Arbitral que haga las siguientes o similares declaraciones y condenas:

“1. Que se declare que el Consorcio Miel y/o las Demandadas en Reconvencción o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo, individual, conjunta o solidariamente, incumplieron sus obligaciones en el Contrato MI-100 (junto con su modificación prevista en el Adicional No. 1) en particular, por no haber entregado las obras o trabajos dentro de los plazos pactados, especialmente, entre ellas, las relacionadas con los Hitos Contractuales 9, 10, 11, 12 y 7 correspondientes a los Sistemas de Control y Telecomunicaciones, Montaje de la Primera Unidad de Generación, Operación Comercial de la Primera Unidad de Generación, entrega de la Central en Operación Comercial, y Terminación de las Obras.

“2. Que se declare que el Consorcio Miel y/o las Demandadas en Reconvencción o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo, individual, conjunta o solidariamente, incumplieron sus obligaciones en el Contrato MI-100 (junto con sus modificación prevista en el Adicional No. 1) por haber expedido los volúmenes de descarga de agua en el embalse con respecto a los exigidos por la autoridad ambiental.

“3. Que se declare que como consecuencia del incumplimiento del Consorcio Miel y/o de las Demandas en Reconvencción, o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo, la Central Miel I no fue entregada en operación comercial dentro de los plazos previstos contractualmente.

“4. Que se declare que el incumplimiento del Consorcio Miel y/o de las Demandadas en Reconvencción, o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo, generó perjuicios a ISAGEN consistentes en daño emergente y lucro cesante asociados, entre otros, a la no generación de energía de la Central en las fechas contractualmente previstas, a la no generación de energía de la Central por los excesos de volúmenes de descarga de agua en el embalse, la ampliación de la póliza Todo Riesgo en Construcciones y la mayor permanencia del personal de supervisión y de apoyo de ISAGEN.

“5. Que se condene al Consorcio Miel y/o a las Demandadas en Reconvencción, o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo, a pagar a favor de ISAGEN, conjunta, solidaria o individualmente según se señale al momento de proferir la condena, a los perjuicios derivados del incumplimiento en la modalidad de daño emergente y lucro cesante en cuantía total ocho mil cincuenta millones seiscientos nueve mil novecientos veintiún pesos colombianos (\$8.050'609.921.00) más el impuesto al valor agregado, IVA, ochocientos cincuenta y siete millones setecientos cuarenta y tres mil trescientos ochenta y ocho pesos colombianos (\$857.743.388,00), suma actualizada a abril de 2005, discriminadas así:

³ Páginas 1 a 102 del cuaderno denominado “RD El Escritos del demandado 1-38”, capítulo R-25 del expediente arbitral.

“(...).

“7. Que se condene al Consorcio Miel y/o a las Demandadas en Reconvención, o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo, a pagar a favor de ISAGEN, conjunta, solidaria o individualmente, según se señale al momento de imponer la condena, en caso de mora en el pago de las sumas que resulten a favor de ISAGEN como consecuencia de esta Demanda de Reconvención, intereses de mora sobre dichas sumas a la tasa de interés corriente bancario corriente aumentada en un cincuenta por ciento (50%) o a la tasa máxima de mora que, para ambos casos, permita la ley colombiana.

“8. Que se condene al Consorcio Miel y/o a las Demandadas en Reconvención, o cualquiera de sus sucesoras o cesionarias, si se determina que las hubo a pagar, conjunta, solidaria o individualmente según se señale al momento de hacer efectiva la condena, los costos y gastos del presente arbitraje.”

5. La Cláusula Arbitral.

El pacto arbitral fue estipulado en la cláusula trigésima tercera del contrato⁴ que posteriormente fue modificada por el otrosí de 6 de julio de 2004⁵, en los siguientes términos:

⁴ Folios 51 a 53 AZ de color blanco, tomo 1 de 24, contentiva del contrato de obra MI-100, otrosíes al contrato de obra MI-100, acuerdo –contrato adicional No. 1 al contrato de obra Mi-100 y otros: “Cualquier desavenencia o conflicto entre las partes que resulte de la interpretación o ejecución de este Contrato será resuelta a través de un esfuerzo amigable de las partes. Se entenderá que este esfuerzo ha fallado cuando cualquiera de las partes así lo notifique tanto al Mediador como a la otra parte, por escrito pero en todo caso al vencimiento del término de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que ocurrió. Las partes acuerdan el nombramiento del mediador en el Anexo No. 7:- Definición del Mediador, del presente Contrato.

“Independientemente de cualquier otra previsión en el Contrato, si en cualquier momento durante la vigencia del mismo las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre cualquier asunto o interpretación contractual, sin excepción, cualquiera de las partes referirá la desavenencia o conflicto al Mediador, por escrito. Entiéndese por Mediador la persona o institución designada bajo el Anexo No. 7- Definición del Mediador, del presente contrato con poder para tomar la decisión que resuelva cualquier conflicto o desavenencia entra las partes, que le haya sido solicitada.

“El Mediador tomará su decisión por escrito dentro de los diez (10) días a partir de la fecha en que le haya sido solicitada. Si ninguna de las partes notifica a la otra su desacuerdo con la decisión del Mediador dentro de los diez (10) días de la fecha de tal decisión, ésta será final, definitiva y obligatoria para ambas partes, sin derecho a posterior recurso.

“Por otra parte si cualquiera de las partes se manifiesta en desacuerdo con la decisión del Mediador, aun así, tal decisión es obligatoria para las partes hasta que sea sustituida por un acuerdo mutuo o revocada en arbitraje.

“El Mediador será remunerado a través de un honorario por hora establecido bajo el Anexo No. 6 –Formato para Designación del Mediador del presente Contrato, más gastos razonables. Estos costos serán divididos por igual entre las partes.

“Con anterioridad a la decisión del Mediador el Interventor tomará oportunamente toda decisión necesaria con carácter estrictamente provisional. Cualquier efecto de la revocación de una decisión previamente tomada ya sea por el Interventor o por el Mediador será considerada en la última decisión tomada bajo la presente cláusula.

“En caso de que el Mediador renuncie, muera u omite tomar decisión sobre la desavenencia o conflicto dentro del plazo arriba fijado, o en caso de que ambas partes lleguen a un acuerdo en el sentido de que el Mediador no está cumpliendo sus funciones adecuadamente de acuerdo con las estipulaciones contractuales, toda decisión a partir de este momento será tomada por el Mediador Suplente, designado también bajo el

“ACUERDAN: PRIMERO: *Modificar la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI-100 la cual QUEDARÁ ASÍ: TRIGÉSIMO TERCERA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: Todas las desavenencias o controversias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, y que o hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento. En caso de que el Presidente del Tribunal Arbitral deba ser nombrado por la Corte de Arbitraje de la CCI, dicho presidente, quien deberá tener dominio suficiente del idioma castellano, deberá igualmente contar con experiencia suficiente en contratos de obra y haber participado, como árbitro, en por lo menos tres (3) arbitrajes administrados bajo el Reglamento de la CCI. El arbitraje tendrá como sede la ciudad de Bogotá, D.C. República de Colombia, en idioma español. El procedimiento será el previsto en el Reglamento de la CCI, o en su defecto, el que determine el Tribunal Arbitral. El laudo será en derecho y a las diferencias se aplicará la ley sustantiva colombiana. El laudo deberá estar motivado y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes. (Subrayas añadidas).*

“(…)

“TERCERO: *El presente otrosí se perfecciona con la firma de las partes. Para constancia se firma a los seis (6) días del mes de julio de 2004”.*

II. EL LAUDO RECURRIDO

ANEXO No. 7 –Definición del Mediador – del presente Contrato, y quien se hará cargo de cualquier caso pendiente de resolución dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que el mismo haya sido inicialmente referido al Mediador.

“Si tanto el Mediador como el Mediador Suplente omiten tomar una decisión dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la desavenencia o conflicto fue inicialmente referido al Mediador, cualquiera de las partes podrá notificar a la otra de su decisión de referir la citada desavenencia o conflicto a arbitraje.

“Independientemente de cualquier procedimiento anterior la parte que opte por arbitraje deberá hacerlo formalmente dentro de los ciento cincuenta (150) días a partir de la fecha en que la desavenencia o conflicto fue inicialmente referido al Mediador. De otra forma la decisión del Mediador o del Mediador Suplente, en caso que exista será válida, final y obligatoria para las partes sin recurso posterior alguno.

“Ninguna de las partes puede referir cualquier desavenencia o conflicto a arbitraje a menos que lo haya sometido previamente al Mediador, o en su defecto al Mediador Suplente.

“Cualquier desavenencia o conflicto o grupo de desavenencias o conflicto no resuelto a través del Mediador o del Mediador Suplente será resuelto por arbitraje bajo las reglas de la Cámara Internacional del Comercio, Paris, Francia, las mismas que se consideran incorporadas por referencia a esta Cláusula Trigésima Tercera del Contrato. El foro del arbitraje será la ciudad de Santafé de Bogotá, Colombia.

“El laudo arbitral será necesariamente sustanciado por escrito y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal Arbitral decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes.”

⁵Apartado No. 19 del cuaderno denominado: “RC D1 DOCUMENTOS DEL DEMANDANTE”

Surtidos los trámites pre-arbitral y arbitral, el Tribunal de Arbitramento profirió el Laudo el día 2 de julio de 2010, mediante el cual resolvió lo siguiente⁶:

"12. Decisión

"De acuerdo con los razonamientos expuestos en los capítulos precedentes, el Tribunal Arbitral por unanimidad adopta las siguientes DECISIONES:

"De naturaleza jurisdiccional

"1. Declara su competencia para dirimir las pretensiones articuladas por las Demandantes en la Demandada y por la Demandada en su Reconvención.

"2. Declara que el Consorcio Miel está constituido por Constructora Norberto Odebrecht S/A, Alstom Power Brasil Ltda. (hoy denominada Alstom Hydro Energía Brasil Ltda.), Kvaerner Energy A.S. y Alstom Power Italia S.p.A., como sucesora de ABB Sae Sadelmi S.p.A.

"Sobre el fondo

"3. Declara que la demandante terminó la obra de la Central el 9 de octubre de 2002, en la fecha pactada en el contrato, y la entregó en operación comercial el 15 de noviembre de 2002, con retraso en relación a la fecha pactada, sin que dicho retraso sea imputable a la demandante.

"4. Declara que la Demandada es civilmente responsable frente a la Demandante a consecuencia de los reclamos enumerados en el párrafo 2468 de este Laudo.

"5. Condena a la demandada a pagar las siguientes cantidades:

- *"a Constructora Norberto Odebrecht S/A: 32.500.303.970 PCO más 5.703.563 USD;*
- *"a Alstom Brasil Ltda.: 3.755.085.347 PCO más 2.910.725 USD;*
- *"a Kvaerner Energy A.S.: 2.527.041.530 PCO más 2.330.393 USD.*

"6. Condena a la Demandada a pagar interés simple sobre las cantidades establecidas en la decisión anterior, a los tipos de interés para PCO y para USD definidos en el párrafo 2388 de este Laudo, devengándose los intereses de cada reclamo desde la fecha señalada para cada uno de ellos en el párrafo 2468 de este Laudo, hasta la de su pago efectivo.

"7. Desestima la reconvención interpuesta por la Demandada.

"8. Desestima cualesquiera otras pretensiones o excepciones planteadas tanto por la Demandante como por la Demandada.

"Sobre las costas

⁶ Cuaderno denominado "AWARD" marcado con el número 3.

“9. Condena a la Demandada a pagar las siguientes costas del proceso:

- *“al Consorcio en su conjunto:465.000 USD, que será distribuido entre sus miembros de acuerdo con los desembolsos que hayan realizado;*
- *“a CON: 1.835.745.085 PCO;*
- *“a Alstom: 624.754.873 PCO;*
- *“a Kvaerner: 360.005.524 PCO más 24.060 USD.*

“10. Condena a la Demandada a pagar interés simple sobre las cantidades establecidas en la decisión anterior, a los tipos de interés para PCO y para USD definidos en el párrafo 2388 de este Laudo, devengándose los intereses desde la fecha de este Laudo, hasta la de su pago efectivo.”

Mediante adenda proferida por el Tribunal de Arbitramento el 15 de noviembre de 2010 se dispuso⁷, en relación con una solicitud de corrección presentada por las demandantes⁸, lo siguiente:

“III. DECISIÓN

“Por los motivos expuestos, el Tribunal Arbitral decide:

“1. Admitir la primera solicitud de corrección de errores (Reclamo n° 28) y, con arreglo al art. 29 del Reglamento CCI, corregir a través del presente Addendum el error tipográfico contenido en los párrafos 2468 y 2469 del laudo emitido el 2 de julio de 2010 en el procedimiento arbitral entre Constructora Norberto Odebrecht S/A. (Brasil), Alstom Brasil Ltda. (Brasil), Kvaerner Energy A.S. (Noruega), Alstom Power Italia SPA (Italia) e Isagen S.A E.S.P. (Colombia), así como en el punto quinto de la Decisión de la siguiente manera:

“-En el párrafo 2468:

- *“el principal aceptado en USD para el reclamo n° 28, que ascendía a 660.129, se sustituye por 693.133;*
 - *“el subtotal del principal aceptado en USD para el túnel de fuga, que ascendía a 686.966, se sustituye por 719.970;*
 - *“el total del principal aceptado en USD, que ascendía a 10.994.682, se sustituye por 10.977.686.*
- *“En el primer guión del párrafo2469 (cantidad a satisfacer a CNO), se sustituye el importe en USD, que ascendía a 5.703.563 por 5.736.567.*
 - *“En el quinto punto de la Decisión del Laudo (pág.506) se sustituye el importe en USD, que ascendía a 5.703.563, por 5.736.567.*

“Para mayor claridad el Tribunal Arbitral reproduce a continuación el punto quinto corregido de la decisión sobre el fondo del Laudo:

⁷ Cuaderno 2.

⁸ Folio 4, cuaderno de la adenda que corresponde al número 2: *“6. El 12 de agosto de 2010 las Demandantes notificaron por correo electrónico su solicitud de corrección del Laudo, de fecha 9 de agosto de 2010, al amparo del art. 29(2) del Reglamento CCI y dentro del plazo en él conferido. La Demandada no solicitó corrección ni interpretación del Laudo.”*

'5. Condena a la Demandada a pagar las siguientes cantidades:

- *'a Constructora Norberto Odebrecht S/A: 32.500.303.970 PCO más 5.736.567 USD;*
- *'a Alstom Brasil Ltda.: 3.755.085.347 PCO más 2.910.725 USD;*
- *'a Kvaerner Energy A.S.: 2.527.041.530 PCO más 2.330.393 USD.'*

"2. Rechazar las solicitudes de corrección de errores planteadas por las Demandantes respecto a los Reclamos n^{os} 146 y 163.

"El contenido del Laudo que no haya sido modificado expresamente mediante este Addendum permanece invariado."

III. RECURSO DE ANULACION

1. El trámite

Observa la Sala que ISAGEN S.A. E.S.P., interpuso recurso extraordinario de anulación en contra del Laudo proferido el 2 de julio de 2010 y complementado el 15 de noviembre de esa anualidad, con base en las causales 1, 2, 4, 5, 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y que, posteriormente⁹, en la oportunidad procesal indicada, las sustentó¹⁰.

Por auto de 9 de febrero de 2011¹¹, el Despacho sustanciador avocó el conocimiento del recurso de anulación, se corrió traslado a las partes y se decretó la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, no obstante, las partes lo repusieron con fundamento, en síntesis, en las siguientes razones:

Dentro del término legal la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Alstom Brasil Ltda., solicitaron que se revocara el auto proferido el 9 de febrero de 2011 en el entendido de que esta Corporación no es competente para conocer del presente recurso porque las partes al convenir que el conocimiento del conflicto estuviera regulado por el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, renunciaron a la impugnación del laudo y porque, junto al recurso de anulación, no fue enviada copia completa del expediente, pues solo envió copia parcial y magnética del mismo.

Kvaerner Energy A.S., igualmente solicitó que se revocara el auto antes enunciado, al considerar que esta Corporación carece de competencia para conocer del recurso de anulación porque las partes acordaron que sus diferencias serían resueltas mediante arbitraje internacional y porque el Tribunal de arbitramento no envió el expediente a esta Corporación.

ISAGEN S.A E.S.P., solicitó que se revocara parcialmente el auto de 9 de febrero de 2011, para que se ordenara el traslado a las partes una vez se encuentre en esta Corporación la totalidad del proceso arbitral.

⁹ Mediante memoriales visibles a folios 8 a 11, 19 a 21 y 79 a 82, cuaderno del Consejo de Estado, Isagen S.A. E.S.P., interpuso el recurso de anulación.

¹⁰ Memorial por el cual se sustentó el recurso de anulación visible a folios 342 a 392, cuaderno Consejo de Estado.

¹¹ Folios 86 a 88 cuaderno Consejo de Estado.

Por auto de 12 de mayo de 2011¹², el Despacho sustanciador revocó el auto proferido el 9 de febrero de 2011. Como fundamento sostuvo:

“Encuentra el despacho que las solicitudes realizadas por las demandadas en este proceso son idénticas en tanto se encaminan, en primer lugar, a que se declare improcedente el recurso de anulación interpuesto por Isagen S.A. E.S.P. por cuanto el conflicto suscitado entre las partes fue sometido a un tribunal de arbitramento internacional y, en segundo lugar, a que se solicite a dicho tribunal de arbitramento el envío de la totalidad del proceso arbitral antes de realizar pronunciamiento alguno en relación con el recurso interpuesto.

“(…)

“De acuerdo con las solicitudes antes enunciadas encuentra el despacho que los archivos que contiene el CD a que hace referencia la Secretaría de la Sección en su informe no son suficientes para tramitar el recurso de anulación interpuesto y encontrando procedentes las solicitudes elevadas por las partes, este despacho revocará la providencia proferida el 9 de febrero de 2011 y, en su lugar, ordenará a la Secretaría de la Sección dar cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 17 de enero del año en curso.

“En relación a la ausencia de competencia de esta Corporación para conocer del Recurso de Anulación y la suspensión del laudo, se hace necesario tener la totalidad del proceso arbitral con el fin de resolver sobre el tema.

(…)”.

Posteriormente se allegó la totalidad de los documentos físicos que hacen parte del presente proceso arbitral y, en consecuencia, por auto de 25 de noviembre de 2011¹³, se resolvió positivamente acerca de la competencia de esta Corporación para conocer del recurso de anulación interpuesto, se corrió traslado a las partes y se decretó la suspensión de la ejecución del laudo arbitral.

Dentro de la oportunidad legal ISAGEN S.A. E.S.P., sustentó el recurso¹⁴, la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil Ltda., y Kvaerner Energy A.S., alegaron de conclusión¹⁵ y el Ministerio Público rindió concepto¹⁶.

2. Los cargos

A efectos de demostrar la configuración de las causales invocadas, la parte recurrente formuló los siguientes cargos:

1. “Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Nulidad absoluta del pacto arbitral o nulidad relativa por motivos que fueron alegados en el proceso arbitral que no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo (artículo 163 [1] Decreto 1818 de 1998)”.

¹² Folios 240 a 244, cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folios 328 a 340, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁴ Folios 342 a 392, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁵ Folios 394 a 448, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁶ Folios 534 a 616, cuaderno Consejo de Estado.

2. **“No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, circunstancia que fue alegada oportunamente por mi representada (artículo 163 [2] del Decreto 1818 de 1998)”**.

3. **“Haberse dejado de decretar, sin fundamento legal, pruebas oportunamente solicitadas y haberse dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, en cuanto tales omisiones tengan incidencia en la decisión y se hayan reclamado oportunamente y en debida forma (artículo 163 [4] del Decreto 1818 de 1998)”**.

4. **“Haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga (artículo 163 [5] del Decreto 1818 de 1998)”**.

5. **“Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, circunstancia que aparece manifiesta en el laudo (artículo 163 [6] del Decreto 1818 de 1998)”**.

6. **“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y haberse concedido más de lo pedido (artículo 163 [8] del Decreto 1818 de 1998)”**.

IV. INTERVENCIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE

Mediante memorial visible en folios 394 a 448 del cuaderno del Consejo de Estado, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil Ltda. Y Kvaerner Energy A.S., se opusieron al éxito del recurso de anulación, así como a cada uno de los cargos formulados por ISAGEN S.A. E.S.P.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Primera Delegada ante esta Corporación, el día 20 de marzo de 2012 emitió el *“Concepto No. 060/2012”*, en el cual pidió declarar infundado el recurso, con base en los argumentos que se sintetizan enseguida¹⁷:

i) Sí existió consentimiento de las sociedades convocantes para la modificación de la cláusula arbitral, en tanto **“la voluntad del consorcio contratista que se expresó con la firma de su director, confluyó con la voluntad de ISAGEN S.A. E.S.P. que igualmente se manifestó o se exteriorizó con la firma del doctor Luis Fernando Rico Pinzón, Gerente General y Representante legal”** (las negrillas son del texto)¹⁸.

ii) La manifestación de voluntad que se hizo a nombre de la sociedad inicialmente integrante del consorcio –ABB Sae Sadelmi S.p.A. - fue ratificada por quien fue su sucesor jurídico –ALSTOM POWER ITALIA-; adicionalmente afirmó que **“la prohibición de ceder el contrato no tiene como efecto la nulidad del pacto arbitral.”**¹⁹

¹⁷ Folios 534 a 616, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁸ Folio 549, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁹ Folio 553, cuaderno Consejo de Estado.

iii) Respecto de la alegada nulidad de la cláusula compromisoria por error en la persona del contratista y por el dolo que se ejerció para obtener el consentimiento de ISAGEN, afirmó que no podría hablarse de un error determinante para contratar, porque desde que se suscribió el contrato ya existía un pacto arbitral.

Sostuvo que no se presentó una cesión del contrato sino una sucesión jurídica, en razón de la extinción de una de las sociedades que inicialmente hizo parte del consorcio y, además, que en el proceso no se probó el dolo al cual hizo alusión la recurrente.

iv) Si bien la incorrecta conformación del contradictorio puede llegar a configurar una nulidad procesal, ésta no constituye causal de anulación del laudo.

v) La recurrente sostuvo que el Tribunal de Arbitramento no se constituyó en legal forma, sin embargo, no alegó irregularidad alguna en la designación de los árbitros.

vi) En relación con el no agotamiento de las etapas previas de negociación y de mediación, afirmó que *“el acuerdo sobre el agotamiento de procedimientos previos a acudir al arbitraje, no tiene la virtualidad de modificar la ley.”*²⁰

vii) Si la inspección judicial no fue decretada, ello no ocurrió sin fundamento legal como exige la ley para que se configure la causal alegada, afirmó que *“se evidencia que en el trámite **del proceso arbitral**, la demandada no insistió en su práctica y que además el Tribunal no la consideró indispensable para proferir el laudo.”*²¹, además de que la recurrente tampoco señaló cuáles son los hechos que se quedaron sin probar.

ix) En el trámite arbitral se evidencia que a la recurrente le fueron notificados los cambios del calendario, se le llamó a aportar pruebas y se le garantizó el debido proceso y el derecho de contradicción, además de que en la eventualidad de presentación de pruebas con violación del debido proceso éstas serían nulas de pleno derecho y ello conllevaría a su exclusión, mas no a la anulación del laudo.

x) El reglamento al que voluntariamente las partes se sometieron dispone que la Corte puede prorrogar su plazo, bien por solicitud del tribunal o cuando las partes lo consideren necesario y no resultaba aplicable una norma diferente al reglamento de la CCI.

xi) De la lectura del laudo se evidencia que la decisión se fundamentó en derecho, partiendo de los medios de prueba aportados, con lo cual se descarta que se haya tratado de un fallo en conciencia.

xii) Encontró el Ministerio que *“la demanda principal, así como la demanda de reconvencción, presentada en marzo de 2006 lo fue dentro del término previsto en el procedimiento arbitral y de acuerdo con el calendario estipulado por el tribunal previa consulta con las partes.”*²²

²⁰ Folio 572, cuaderno Consejo de Estado.

²¹ Folio 580, cuaderno Consejo de Estado.

²² Folio 615, cuaderno Consejo de Estado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Régimen jurídico aplicable al procedimiento de selección y al contrato.

Para la fecha de suscripción del contrato, Hidroeléctrica la Miel S.A., tenía el carácter de Sociedad de Economía Mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía de Colombia, con una participación accionaria pública inferior al 90%²³.

La apertura de la Licitación para seleccionar al contratista que se encargaría de ejecutar el proyecto de la hidroeléctrica se produjo el 22 de diciembre de 1993, época para la cual aún se encontraba en vigencia el Decreto- ley 222 de 1983²⁴, estatuto que respecto de las entidades a las cuales les resultaba aplicable prescribía lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

“Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

“A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.

“Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios.”

Así pues, dado que Hidroeléctrica La Miel no tenía una participación del Estado superior al 90%, se puede concluir que este estatuto no le era aplicable al procedimiento de selección que dio origen al contrato MI-100 y que al mismo le

²³ De acuerdo con el contenido del Decreto 358 del 24 de febrero de 1993 mediante el cual el Gobierno Nacional fijó las condiciones y porcentajes de participación de Central Hidroeléctrica de Caldas S.A., y de ISA en la constitución de la sociedad Hidroeléctrica La Miel S.A. Hidromiel S.A., la participación de estas entidades en su capital social sería hasta del 29% y del 56%, respectivamente (Adendo No. 2 del Pliego de Condiciones (Volumen 1 de 4, pág. 567).

En el Documento CONPES 3122 de 2001 se informa que la participación de la Nación en la Central Hidroeléctrica de Caldas era del 50.05% (www.dnp.gov.co) y en la página web de ISA --- www.isa.comco/nuestracompañía/historia- se lee que en el año 1991 “la Nación adquirió el 51% de la propiedad de ISA”.

²⁴ La Ley 80 de 1993 fue publicada en el Diario Oficial No. 41094 de 28 de octubre de 1993 fecha a partir de la cual entraron a regir: el parágrafo del artículo 2º.; el literal l) del numeral 1º. y el numeral 9º. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8º. del artículo 25; el numeral 5º. del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones. Las demás disposiciones entraron a regir a partir del 1º de enero de 1994.

aplicaban reglas propias del derecho privado, de conformidad con las prescripciones del artículo 257 del Decreto-ley 222 de 1983²⁵.

La Ley 80 de 1993 entró a regir cuando el procedimiento de selección se encontraba en curso²⁶, es decir, que durante el procedimiento de selección adelantado por la Hidroeléctrica La Miel, hubo tránsito de legislación, situación que el nuevo Estatuto de Contratación se ocupó de regular en su artículo 78²⁷.

De acuerdo con el contenido del mencionado artículo 78, los procedimientos de selección iniciados bajo el régimen contractual del Decreto-ley 222 de 1983, que se encontraban en curso a la entrada en vigencia de esta última norma, debían culminarse bajo sus disposiciones, asunto respecto del cual se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Sala en los siguientes términos:

“De conformidad con la norma transcrita, los procedimientos de selección iniciados bajo el régimen contractual del Decreto-ley 222 de 1983 que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 80 de 1993 se encontraban en curso, debían culminarse bajo las disposiciones anteriores, es decir, que en el sub exámine, el procedimiento administrativo de selección del contratista y la adjudicación del contrato permanecieron regulados por las normas del anterior Estatuto Contractual, toda vez que el procedimiento de la licitación culmina con la adjudicación del contrato al oferente que presente la mejor propuesta para los intereses de la Administración o con la declaratoria de desierta de la licitación, cuando se configure alguna causal de las previstas en la ley que determine dicha declaratoria.”²⁸.²⁹

El Contrato MI-100 se celebró el día 24 de abril de 1995, época para la cual había entrado en vigor la Ley 143 de 1994³⁰ “por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de

²⁵ARTICULO 257. DE LOS CONTRATOS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA - Los contratos de las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten a las reglas previstas en el presente estatuto para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado.

Los contratos de las demás sociedades se someterán a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contrario. (Negrillas añadidas).

²⁶ Hidromiel adjudicó el contrato al Consorcio Miel el día 9 de diciembre de 1994, mediante la Resolución número C-002/94, época para la cual se encontraban vigente la Ley 80 de 1993, contentiva del Estatuto General de Contratación, según la cual las Sociedades de Economía Mixta con participación pública superior al 50% tenían el carácter de entidades estatales, de conformidad con las prescripciones del literal a del artículo 2º de esta ley.

²⁷ “ARTÍCULO 78. DE LOS CONTRATOS, PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS EN CURSO. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”

²⁸ Aunque el Decreto Reglamentario No. 769 de 1994, consagraba en el Parágrafo del artículo 27 que “[l]os contratos que se celebren como consecuencia de concursos o licitaciones abiertos bajo la vigencia de la legislación anterior a la Ley 80 de 1993 se sujetarán a las disposiciones de la ley bajo la cual se inició el proceso de selección.”; la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia 9825 de 1997 declaró la nulidad del citado Parágrafo, por contrariar lo prescrito por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15469, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ La Ley 143 de 1994 “por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética” se publicó en el Diario Oficial No. 41.434 de julio 12 de 1994.

electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”, norma jurídica que resultaba aplicable al contrato, de acuerdo con las previsiones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887³¹.

De conformidad con los mandatos del artículo 76 de la Ley 143, los actos y los contratos de las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tuviesen participación en su capital social –como era el caso de Hidromiel S.A., sociedad de economía mixta por acciones cuyo objeto social principal constituía la generación y la comercialización de energía-, se regían por las normas del derecho privado³².

El contrato de obra pública MI-100 fue cedido el 27 de noviembre de 1997 por parte de Hidromiel S.A., a la Fiduciaria Anglo S.A. –FIDUANGLO-³³, entidad que el 29 de marzo de 2000 cambió su denominación a Lloyds Trust S.A.³⁴, la cual el 10 de junio de 2004 cedió los derechos y las obligaciones del contrato MI-100 a ISAGEN.

ISAGEN, entidad demandada en este proceso como sucesora del Contrato, tiene, desde su constitución, el carácter de Empresa de Servicios Públicos Mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, la cual fue el resultado de la escisión de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. –ISA-, operación autorizada a través del artículo 167 de la Ley 142 de 1994³⁵.

El día 6 de julio de 2004 las partes del contrato MI-100 -para ese momento ISAGEN y el Consorcio Miel- modificaron la cláusula compromisoria contenida en el contrato, época para la cual el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios –en este caso ISAGEN- era, por regla general, el establecido en normas del Derecho Privado; así lo ha entendido la Jurisprudencia de la Corporación³⁶:

“(…) la actividad relacionada con los servicios públicos domiciliarios no estará regida por el estatuto general de contratación para el contrato estatal ni por el derecho público, sino por el derecho privado, con las salvedades que la misma ley 142 prescribe, entre las cuales puede citarse el inciso

³¹ “**ARTÍCULO 38.** En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

- 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”*

³² Artículo 76 de la Ley 143 de 1994: “*Los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado.”*

³³ Otrosí número 3: Cuaderno RC D1 “Documentos del Demandante”.

³⁴ Certificación expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia, contenida en el Tomo 1/24 del expediente arbitral, folio 579.

³⁵ Ver reseña histórica en www.isagen.com.co. Consulta realizada el 30 de octubre de 2012 a las 11:00 A.M.

³⁶ En este sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado, en Auto de septiembre 23 de 1997, Rad. S-701, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

segundo de su art 31, que dispone que cuando la Comisión de Regulación haga obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos, lo relativo a las mismas “se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 (...).”

Ahora bien, en tanto al contrato MI-100 y a la cláusula compromisoria suscrita el 6 de julio de 2004, les resultaban aplicables, preponderantemente, aquellas reglas *usuales para los contratos celebrados entre particulares*, en este caso, la legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil, dado que el consorcio contratista se encontraba conformado por sociedades dedicadas a la actividad comercial –artículos 13-1 y 100 del Código de Comercio-. Al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia de esta Corporación³⁷:

“c. La legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil. Así se desprende, por una parte, del artículo 1º del C. de Co., según el cual “[l]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas” (analogía interna), y por otra, de lo dispuesto en su artículo 2º, que remite expresamente a las normas del Código Civil, cuando se trate de cuestiones comerciales que no puedan regularse conforme a la regla anterior. De igual manera, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 822, según el cual “[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. (Se subraya).

“Establece el mismo código, por lo demás, que “[s]on comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles” (artículo 10), y que, para todos los efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio, entre otros casos, “[c]uando se halle inscrita en el registro mercantil” (artículo 13 numeral 1º).”

A lo anterior debe agregarse que en la medida en que no existe norma legal que disponga en sentido contrario para las relaciones contractuales en las cuales intervienen o participan entidades de naturaleza pública, también será aplicable entonces el mandato consagrado en el artículo 22 del Código de Comercio, según el cual *“si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”*.³⁸

2. El pacto arbitral.

El artículo 116³⁹ de la Constitución Política establece lo siguiente respecto del arbitramento:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 9 de 2003, expediente 13.412, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 13 de 1988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³⁹ Modificado. A. L. 03/2002, art. 1.

Como refiere la mencionada norma, los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia mediante un pacto arbitral, al cual hace referencia el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 como el acuerdo de las partes de un contrato para someter a la decisión de particulares, en calidad de árbitros, el conocimiento de una controversia surgida del mismo contrato; también dispone la norma que el pacto arbitral puede asumir las modalidades de cláusula compromisoria o de compromiso.

El artículo 116 de la Ley 446, compilado en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, define la “cláusula compromisoria” como “*el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral*”.

La cláusula compromisoria debe acordarse antes de que surja cualquier conflicto entre las partes del contrato que constituye su fuente, la cual se puede estipular dentro del mismo contrato o en un acto separado, a cuyo contenido hace referencia el artículo 120 del mencionado Decreto 1818 de 1998 en el sentido de que éste deberá expresar el nombre de las partes y la determinación precisa del contrato cuyas controversias van a ser solucionadas por la vía arbitral.

Así pues, de conformidad con el contenido de los artículos 118 y 120 del Decreto 1818 de 1998, los siguientes se constituyen en los elementos necesarios para que se configure la cláusula compromisoria: *i)* la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; *ii)* la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y *iii)* la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Las previsiones relativas al compromiso se encuentran contenidas en el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 como el negocio jurídico celebrado por partes que se encuentran involucradas en un conflicto “*presente y determinado*”, con el propósito de que éste sea dirimido por la justicia arbitral y no por la justicia ordinaria.

Del contenido de las normas legales antes mencionadas puede concluirse que el pacto arbitral requiere de la expresa voluntad de las partes de someter a la decisión de un tribunal arbitral los conflictos que puedan surgir del contrato que celebraron.

Esta Corporación ha hecho referencia a la necesidad de que medie pacto arbitral para que pueda ejercerse jurisdicción por parte de los árbitros. En efecto, así se pronunció en sentencia del 20 de febrero de 2008:

“(...) el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los particulares es restringido y de carácter voluntario, lo que fuerza concluir que sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción y, en consecuencia, ante la ausencia de este requisito esencial se vicia de ilegalidad no sólo la constitución del Tribunal de Arbitramento sino todos aquellos actos que éste profiera; de allí que el traslado de jurisdicción y ejercicio de competencia requiere una [...] estricta sujeción a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y la ley [...]” al punto que el juez excepcional debe poseer

competencias explícitas, que en ningún caso pueden ser sobreentendidas o implícitas.^{40, 41}

Asimismo, en el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 se consagró que la cláusula compromisoria es autónoma en relación con la existencia y la validez del contrato del cual forma parte⁴². Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“(...). Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que "lo accesorio sigue la suerte de lo

⁴⁰ Sentencia C-294/95 de la Corte Constitucional.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 20 de 2008, Expediente 33670, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴² Sobre el tema de la autonomía de la cláusula arbitral ver: Soto Coaguila Carlos Alberto “*La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la Experiencia Colombiana*” en “*Tratado de Derecho Arbitral – El Convenio Arbitral*”, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Pontificia Universidad Javeriana- Ibáñez - Colección de Estudios, abril 25 de 2011, págs.. 402 y ss.:

“La autonomía de la cláusula arbitral ha sido reconocida por las regulaciones jurídicas arbitrales internacionales desde su origen, pues esta independencia garantiza la viabilidad del procedimiento arbitral frente a los vicios contenidos en el contrato principal. Así esta posición ha sido asumida por los más conocidos reglamentos de los centros arbitrales, reconociendo ampliamente la validez y existencia del pacto arbitral con independencia del contrato principal. Dentro de dichas regulaciones resalto las siguientes: El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la establece en su artículo 6º(4); por su parte, el reglamento de la London of Arbitration (en adelante , 'LCIA'), dispone la autonomía de la cláusula arbitral en su artículo 23.1º; otro ejemplo puede ser encontrado en Suiza, donde con el fin de promover el arbitraje institucional y de armonizar los reglamentos de arbitraje existentes, las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Tesino, Vaud y Zurich adoptaron un cuerpo único y uniforme de reglas, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

Por su parte, el artículo 6º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional contempla el principio de la cláusula arbitral.

La autonomía de la cláusula arbitral ha sido adoptada también por diversas legislaciones locales a nivel mundial. Así, lo podemos observar, entre otros, en los siguientes casos: Ley de Arbitraje de Perú, la cual a través del D. Leg. No 1071 de dicho país estableció en su artículo 41º la independencia de la cláusula arbitral; Holanda por su parte reguló este importante concepto en el Arbitration Act No. 1 de 1986 en su artículo 1053º contenido en el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil. De igual forma, la jurisprudencia francesa consagró dicho principio en sentencia del 7 de mayo de 1963; España, a través de la Ley 60 de 2003 acerca del arbitraje, lo contempló en su artículo 22º; en Inglaterra, el English Arbitration Act de 1996 estableció este principio en su artículo 7º; por último tenemos el caso colombiano cuya normatividad arbitral también ha reconocido el principio de la independencia de la cláusula arbitral en el artículo 116º de la Ley 446 de 1998, el cual fue después incorporado al Decreto 1818 en su artículo 118º.

“(...

En primer lugar, el artículo 118º del Decreto 1818 de 1998, que compila las normas aplicables al arbitramento en Colombia, contempla explícitamente la autonomía de la cláusula arbitral [párrafo del artículo].

De igual forma, la Ley 315 de 1996, que contiene las normas que regulan el arbitraje comercial internacional, en su artículo 2º otorga libertad a las partes para elegir la ley aplicable al arbitraje internacional.”

principal" ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.

"3. La afirmación del actor acerca de que el párrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesorio al contrato. Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas. Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación, formulada por José Chillón Medina y José Merino Merchán, en su obra "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: "Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato."

"La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos.

"4. Importa resaltar que, tal como lo señalan los intervinientes, la posición asumida por el legislador en el párrafo acusado coincide con la regulación del tema en distintos documentos internacionales. Así, por ejemplo, el numeral 4 del artículo 8 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - en vigor desde 1975 y modificado en 1988 - precisa:

"Artículo 8. Efectos del convenio de arbitraje

"(...) 4. Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del convenio de arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en el caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones."

Igualmente, los numerales 1 y 2 del artículo 21 del reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, en su versión de 1988, expresan:

"Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

"Artículo 21.

"1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

"2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración de un contrato de arbitraje con arreglo al presente reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria..."

Asimismo, la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, propuesta por el grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, en inglés UNCITRAL -, y aprobada en 1985 por la misma CNUDMI, consagra en el numeral 1 del artículo 16:

"Artículo 16. Facultad para decidir acerca de su propia competencia.

"1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria..."⁴³

Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado respecto de la autonomía del pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria:

"Por lo demás, según los dictados del párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recogido por el párrafo único del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, tal como ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁴, como por la jurisprudencia de la Sección Tercera⁴⁵ del Consejo de Estado, se tiene que a partir de la referida autonomía que caracteriza a la cláusula compromisoria respecto de la existencia y validez del contrato del cual hace parte, los árbitros se encuentran habilitados para decidir la controversia aún en el caso en que el contrato, sobre el cual deben fallar, sea nulo o

⁴³Corte Constitucional, Sentencia C-248 de abril 21 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 20 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reitera el criterio jurisprudencial contenido en el Sentencia C-248 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ Entre otras, el auto de 14 de agosto de 2003, Exp. 24344, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

inexistente, es decir que la nulidad del contrato no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria pactada por las partes.

“Lo anterior sirve para significar que la existencia, validez y eficacia de la cláusula compromisoria no pende de la validez y ni siquiera de la existencia misma del contrato celebrado o pretendido entre el particular y la entidad estatal, como para que pueda afirmarse que si la cláusula en mención no se encuentra incorporada en el texto del mismo, es porque no ha sido pactada por las partes y, por lo tanto, resulte inexistente.”⁴⁶

3. El pacto arbitral en el caso bajo examen.

Examinará la Sala la existencia, o no, del pacto arbitral en el presente caso, toda vez que el mismo se constituye en un presupuesto para avocar el conocimiento del recurso interpuesto.

Se analizará si le asiste, o no, razón a la entidad pública recurrente en su afirmación de que el consorcio contratista en el pacto arbitral no otorgó su consentimiento, dado que al momento de suscribir el otrosí modificatorio, en julio 6 de 2004, las sociedades que lo suscribieron no eran las mismas que celebraron el contrato; al respecto expresó lo siguiente⁴⁷:

“[L]a Propietaria no conoció de la verdadera composición del Consorcio. En consecuencia el Consorcio que dijo estar conformado por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ALSTOM BRASIL LTDA., SADEMI y KVÄERNER ENERGY A.S. no existía a la fecha en que se celebró el pacto arbitral.

“Ese Consorcio con la capacidad jurídica para celebrar dicho pacto no podía existir ya que SADEMI - una de las sociedades integrantes no existía-. Si las partes y la ley establecen que el Consorcio tiene la capacidad para contratar frente a terceros, el consentimiento que debe prestar para la celebración del negocio jurídico es único e indivisible. Si una de las sociedades que es miembro del Consorcio no existe, esto hace que el Consorcio no exista en las calidades y condiciones propias que acredita al prestar su consentimiento.

“En otras palabras, el consentimiento no existió por parte del Consorcio con la capacidad para contratar frente a terceros. En conclusión, y según lo establecido con anterioridad, la ausencia de consentimiento es uno de los presupuestos que configura la inexistencia del negocio jurídico, en este caso, el pacto arbitral.”

Como antes se dejó consignado, al contrato MI-100 le resulta aplicable, de manera preferente, el régimen jurídico contenido en el Código de Comercio, así pues, la existencia o la inexistencia del pacto arbitral se debe analizar a luz de esta codificación.

Al fenómeno de la inexistencia, contenido en el Código de Comercio, se ha referido la Sala en oportunidades anteriores, así:

⁴⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁷ Página 44 del documento contentivo de la contestación de la demanda, cuaderno RD D2.

“5.1. La inexistencia en el Código de Comercio.

“Así aparecen definidos los elementos de esta figura, en el inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio:

“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

“Tal como lo refleja con claridad el texto legal transcrito, la ley comercial consagra causales genéricas para que proceda la sanción de inexistencia en relación con el que entonces, en estricto rigor, no habrá pasado jamás de ser un ‘proyecto de acto o contrato’, un ‘pretendido acto o contrato’, un ‘contrato putativo o aparente’; es decir, un ‘devenir acto o contrato’, así:

“i).- La ausencia de solemnidades sustanciales que la ley exija para la formación de los correspondientes actos o contratos, exigencia que debe encontrarse establecida en atención a los mismos.

“ii).- La falta de alguno de los elementos esenciales del respectivo acto o contrato.

“Acerca de la primera causal referida hay lugar a comentar, de un lado, que a la configuración de la misma habrá lugar, exclusivamente, cuando las partes interesadas hubieren dejado de observar o cumplir aquellas formalidades ad substantian actus exigidas por la ley para la formación del correspondiente acto o contrato, de suerte que no será pertinente invocar la aplicación de esa norma cuando las que se echen de menos sean formalidades ad probationem, esto es las consagradas con fines eminentemente probatorios, mas no de existencia.

“Ahora bien, en cuanto corresponde a la ausencia de formalidades sustanciales –que no ad probationem –, que para la formación de un determinado acto o contrato hubieren convenido las propias partes y, por tanto, no se tratare de aquellas exigidas por la ley, es importante precisar que si bien en ese caso también podría predicarse la inexistencia del respectivo acto o contrato, ello lo sería por la configuración de la causal segunda (ausencia de elementos esenciales del acto o contrato) y no a partir de la aquí comentada causal primera del aludido artículo 898 del C. de Co., puesto que es claro que ésta se contrae, únicamente, a la inobservancia de “... solemnidades sustanciales que la ley exija ...”.

“Por último, acerca de la aquí denominada causal primera de inexistencia, se impone precisar que a su aplicación habrá lugar sólo en cuanto la señalada ausencia de formalidades sustanciales exigidas por la ley corresponda a aquellas solemnidades que hubieren sido establecidas en atención a la naturaleza del correspondiente acto o contrato, cuestión ésta que excluye de plano los demás requisitos que, aunque determinados por la propia ley, se hubieren consagrado en razón al estado o calidad de las partes que intervienen en su celebración.

“Por lo que se refiere a la segunda causal de inexistencia de los actos o negocios jurídicos, esto es la ausencia de alguno de los elementos esenciales del correspondiente acto o contrato, vienen a propósito dos comentarios, que no por obvios carecen de importancia, a saber:

“En primer lugar es claro que a la aplicación de la figura en mención (inexistencia), habrá lugar cuando falte uno cualquiera de los correspondientes elementos esenciales, sin que para ese efecto deba predicarse la inobservancia concurrente, simultánea o sucesiva de todos los elementos esenciales o de varios de ellos.

*“En segundo lugar, es igualmente claro que las consecuencias de la comentada inexistencia para el mundo jurídico podrán derivarse tanto i) en los casos en los cuales al proyectado acto o contrato le falte uno cualquiera de los requisitos de existencia, es decir aquellos que tienen el carácter de esenciales frente a todo acto o contrato, esto es el **objeto, la voluntad o el consentimiento** o las **solemnidades sustanciales** –elemento este último cuya ausencia en buena medida el legislador mercantil instituyó como la ya referida causal primera-, como ii) en los casos en los cuales falte alguno de los elementos esenciales específicos del correspondiente acto o contrato, tal como ocurre con el precio para los contratos de compraventa, el carácter gratuito que tendrá el uso de las cosas para los contratos de comodato, etc., evento este último en el cual, oportuno resulta anotar, la ausencia de uno o varios de tales elementos esenciales específicos no necesariamente impedirá la generación de efectos jurídicos, puesto que la inexistencia del correspondiente acto o contrato particular cuya celebración perseguían las partes bien podría derivar, si su **conversión** fuere posible, en otro acto o contrato totalmente diferente al inicialmente contemplado⁴⁸.⁴⁹*

Precisado entonces lo anterior, procede la Sala a analizar la existencia o no del pacto arbitral suscrito con el contrato MI-100.

3.1. El pacto arbitral suscrito con el contrato MI-100.

El 24 de abril de 1995 se suscribió un contrato entre la sociedad Hidromiel S.A., y el consorcio conformado por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., GRUPO MEXICANO DE DESARROLLO S.A., ASEA BROWN

⁴⁸ Acerca de las distinciones anotadas entre los requisitos de existencia o elementos esenciales de carácter general de los contratos por un lado y, por otro, los elementos de la esencia de carácter específico o sustanciales de cada acto o contrato, se ilustra adecuadamente en la obra ya citada de los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en cuya página 431, por ejemplo, se lee:

“En el mismo orden de ideas, al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, también advertimos que, además de los precisados (manifestación de voluntad, objeto jurídico y formalidad cuando esta es requerida ad solemnitatem), cada acto en particular debe reunir otros elementos igualmente esenciales respecto de él, pues de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto diferente. Por ejemplo, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero (art. 1849). Por tanto, son esenciales en el contrato de compraventa: la existencia, a lo menos potencial, de determinada cosa vendida, de la cual depende la posibilidad de la obligación a cargo del vendedor de hacer tradición de la cosa (arts. 1869 y 1870), y la determinación del precio (art. 1864). Faltando cualquiera de estos elementos esenciales el acto “no produce efecto alguno”, “no habrá venta”, según expresamente lo declara el Código Civil. (...).

“De lo expuesto se concluye que la falta de los requisitos esenciales genéricos de todos los actos jurídicos, produce, inexorablemente, la inexistencia de ellos, al paso que la falta de los requisitos, también esenciales pero específicos de cada acto en particular, si bien impide la existencia de este como tal acto particular, puede no aniquilar totalmente su eficacia, si es viable su conversión en otro acto jurídico diferente”.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 22 de 2009, Expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

BOVERI LIMITADA, de Brasil, ABB SAE SADELMI S.p.A., y KVAERNER ENERGY A.S., del cual se destacan los siguientes apartes⁵⁰:

“Entre nosotros, SILVIO BOTERO DE LOS RIOS, identificado con la cédula de ciudadanía número 1214475 de Manizales, quien en carácter de Presidente de Hidromiel S.A., obra en nombre y representación de esta entidad, sociedad de economía mixta, domiciliada en Manizales, Colombia, debidamente autorizado por la Junta Directiva de la misma, según constancia inserta en el Acta No. 22 de fecha 20 de abril/95, que para los efectos del presente documento se llamará la Propietaria, por una parte, y por la otra MARCUS TULLIO PEREIRA SCHMIDT, identificado con la cédula de extranjería número 259950 de Bogotá, quien actúa en su condición de representante legal del CONSORCIO integrado por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., GRUPO MEXICANO DE DESARROLLO S.A., ASEA BROWN BOVERI LIMITADA, de Brasil, ABB SAE SADELMI SPA, y KVAERNER ENERGY A.S., en este documento denominado el CONTRATISTA, debidamente autorizado por sus miembros para suscribir el presente contrato en desarrollo de las obligaciones adquiridas con la adjudicación de la licitación número MI-100 hecha por medio de la Resolución No. C-002-94 de HIDROMIEL, quien manifestó que ni él ni los representantes legales de las sociedades que integran el CONSORCIO, ni las sociedades mismas están incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el presente contrato, hemos celebrado el CONTRATO DE OBRA, contenido en las cláusulas siguientes:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO

“El objeto del presente Contrato es la construcción del Proyecto Miel I, perteneciente al Desarrollo Hidroeléctrico del Río La Miel, que incluye la construcción de las obras civiles y el diseño, la fabricación, el suministro, la instalación y las pruebas de los equipos electromecánicos y electrónicos, la operación inicial y comercial de las unidades y la entrega de la Central en Operación Comercial.

“(…).

“CLAUSULA TRIGÉSIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES

“Cualquier desavenencia o conflicto entre las partes que resulte de la interpretación o ejecución de este Contrato será resuelta a través de un esfuerzo amigable de las partes. Se entenderá que este esfuerzo ha fallado cuando cualquiera de las partes así lo notifique tanto al Mediador como a la otra parte, por escrito pero en todo caso al vencimiento del término de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que ocurrió. (...).

“(…)

“Si tanto el Mediador como el Mediador Suplente omiten tomar una decisión dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la desavenencia o conflicto fue inicialmente referido al Mediador, cualquiera de las partes podrá

⁵⁰ Prueba 1 del cuaderno RC D1 “Documentos del Demandante”, del expediente arbitral.

notificar a la otra su decisión de referir la citada desavenencia o conflicto a arbitraje.

“Independientemente de cualquier procedimiento anterior la parte que opte por arbitraje deberá hacerlo formalmente dentro de los ciento cincuenta (150) días a partir de la fecha en que la desavenencia o conflicto fue inicialmente referido al Mediador. De otra forma la decisión del Mediador o del Mediador Suplente, en caso que exista será válida, final y obligatoria para las partes sin recurso posterior alguno.

“Ninguna de las partes puede referir cualquier desavenencia o conflicto a arbitraje a menos que lo haya sometido previamente al Mediador, o en su defecto al Mediador Suplente.

“Cualquier desavenencia o conflicto o grupo de desavenencias o conflictos no resueltos a través del Mediador o del Mediador Suplente será resuelto por arbitraje bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio, París, Francia, las mismas que se consideran incorporadas por referencia a esta Cláusula Trigésima Tercera del Contrato. El Foro del Arbitraje será la Ciudad de Santafé de Bogotá, Colombia.

“El laudo arbitral será necesariamente sustanciado por escrito y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal Arbitral decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes.

“(...).” (Negrillas añadidas).

Observa la Sala que en este caso las partes celebraron un pacto arbitral bajo la modalidad de cláusula compromisoria contenida en el contrato MI-100, lo cual se encuentra ajustado a las prescripciones del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

En cuanto al objeto, se puede ver de manera clara e inequívoca, que las partes del contrato en cuestión decidieron someter a la decisión de un Tribunal Arbitral las diferencias que pudieren surgir con ocasión de la celebración y ejecución de este contrato⁵¹.

El consentimiento en la cláusula compromisoria inicial fue otorgado, de una parte, por el Presidente de la sociedad de economía mixta Hidroeléctrica la Miel S.A., en nombre y representación legal de la sociedad y, de la otra, por el *“representante legal del CONSORCIO integrado por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., GRUPO MEXICANO DE DESARROLLO S.A., ASEA BROWN BOVERI LIMITADA, de Brasil, ABB SAE SADELMI SPA, y KVAERNER ENERGY A.S.”*.⁵²

De entrada se advierte que tanto en la contratación administrativa, cuya normativa se encontraba contenida en los Decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983, como en la contratación estatal, prevista en la Ley 80 de 1993, se ha reconocido la posibilidad de participación de consorcios en calidad de proponentes y de

⁵¹“El objeto del pacto arbitral es la obligación a cargo de las partes del litigio de someter sus controversias al arbitraje”, en *“La autonomía de las partes frente al proceso arbitral: el centro del debate. Jurisprudencia - Crítica de jurisprudencia”*, nro. 4. Bogotá: Legis, Noviembre de 2002, p.3.

⁵²Las sociedades participantes en el procedimiento administrativo de selección suscribieron entre ellas un acuerdo el día 19 de mayo de 1994. Ver Cuaderno RC D2 *“Documentos del Demandante”*

contratistas, no obstante, en esta providencia no se hará alusión a tales ordenamientos dado que, como antes se mencionó, al contrato en litigio le resultaban aplicables normas propias del Derecho Privado y, en especial, del Derecho Comercial.

Desde la óptica del Derecho Privado, las agrupaciones de personas u organizaciones que constituyen consorcios no configuran una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que los integran; éstas celebran un negocio atípico de colaboración⁵³, sin fines asociativos, mediante el cual acuerdan aunar esfuerzos para desarrollar determinadas actividades. A estas agrupaciones se ha referido la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho

⁵³La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a la figura del consorcio, entre otras, en la Sentencia C-414 de septiembre 22 de 1994, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera, en los siguientes términos:

“El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

También la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado del tema. En efecto, así discurrió:

“El creciente desarrollo de la economía y su constante transformación, impulsada en los últimos tiempos por la tendencia generalizada a la internacionalización, la apertura de fronteras y la expansión de mercados, que en muchas veces las empresas no están preparadas para afrontar por sí, lo mismo que distintas razones de índole particular, como la necesidad de optimizar la gestión económica, generar condiciones más favorables para su desempeño, elevar los niveles de competitividad tanto a nivel local, como transnacional, entre otras, las han llevado a entrar en procesos de vinculación o interacción con otras empresas, instrumentados a través de diferentes mecanismos jurídicos que van desde los que les procuran variadas posibilidades de cooperación, sin modificar su estructura jurídica y económica, hasta los que la mutan, como ocurre v. gr. cuando dan lugar a la fusión o a la creación de una nueva sociedad.

“Pese a su usanza en el tráfico económico, no ofrece el derecho positivo patrio una categoría jurídica precisa para las relaciones de colaboración entre empresas que conservan su estructura orgánica e independencia jurídica. Diversas legislaciones foráneas, por el contrario, se han encargado de reglamentar variados instrumentos o modalidades negociales mediante los cuales puede canalizarse esa ayuda, como ocurre con las agrupaciones de colaboración, consagradas por la normatividad argentina, en la legislación sobre sociedades comerciales -ley 19.500, arts. 367 a 383, reformada por la ley 22.903-; la unión transitoria de empresas, incorporada por la misma legislación, en la reforma general al régimen de sociedades; los grupos de interés económico de los que trata, en Francia, la ordenanza N. 67-821 del 23 de septiembre de 1967, y el consorcio, regulado en Italia por el art. 2602 del Código Civil, y en Brasil por la ley 6404 de 1976, sobre sociedades por acciones. La jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX, por su parte, perfiló los llamados jointventures.

“El consorcio, que es una expresión de esas formas de colaboración, presupone entonces la acción concordada de un número plural de sujetos. En la legislación brasileña se le concibe como una fórmula contractual, mediante la cual acuerdan sus integrantes aunar esfuerzos con miras a realizar determinada actividad, principalmente la construcción de una obra o la prestación de un servicio, sin que la estructura empresarial así constituida goce de personalidad jurídica. Son entonces sus miembros quienes se obligan en las condiciones preestablecidas en el contrato, sin que se presuma solidaridad entre ellos, aunque puede ser objeto de estipulación expresa -arts. 207 y 208 ley de sociedades anónimas de 1976-.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 13 de 2006, Expediente 88001-31-03-002-00271, MP. Jaime Arrubla Paucar.

privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se trata de “una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad” (Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. Pág. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas.

“Así, aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal.

“La sociedad de hecho, a su turno, lo mismo que el consorcio, no da origen a un sujeto de derechos diferente a sus miembros. Sin embargo, a diferencia de éste, y como toda sociedad, debe tener un capital constituido por los aportes de los socios, que no es imprescindible en el consorcio, y se encamina a la obtención de una utilidad repartible entre aquéllos, objetivo que en el consorcio se enfoca más al favorecimiento de sus partícipes que a una ganancia patrimonial divisible. Por lo demás, es propio de los socios de hecho pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad, mientras que en el consorcio, como contrato de duración que es, sus integrantes deben someterse al plazo fijado para su duración.”⁵⁴

En cuanto a la persona que asume la representación del consorcio conviene aclarar que si bien la figura asociativa carece de personalidad jurídica, no es menos cierto que resulta lícito y en nada contraría el ordenamiento que actúe a través de su representante convencional, de conformidad con los dictados del artículo 832 del Código de Comercio⁵⁵, cuya actuación se encuentra limitada “por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato”⁵⁶.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 13 de 2006, Expediente 88001-31-03-002-00271, MP. Jaime Arrubla Paucar.

⁵⁵ARTÍCULO 832. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA-CONCEPTO. “Habrá representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos.”

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 13 de 2006, Expediente 88001-31-03-002-00271, MP. Jaime Arrubla Paucar.

En relación con el acto de apoderamiento, en el presente caso se observa que los miembros del consorcio suscribieron un acuerdo⁵⁷ a través del cual, entre otros

⁵⁷Las sociedades participantes en el procedimiento administrativo de selección suscribieron entre ellas un acuerdo el día 19 de mayo de 1994, cuyos términos se transcriben a continuación:

“ACUERDO DE CONSORCIO

“Los suscritos *MARCUS TULLIO PEREIRA SCHMIDT*, domiciliado en Santafé de Bogotá e identificado con el pasaporte No. CF.265824 de Brasil, en su calidad de apoderado especial de *CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.*, sociedad con domicilio principal en Salvador, Estado de Bahía, Brasil, debidamente constituida según las leyes de Brasil y con sucursal en Colombia; *JORGE LARA URBANEJA*, domiciliado en Santafé Bogotá e identificado con la cédula de ciudadanía número 17'140.450 expedida en Bogotá, es su calidad de apoderado especial de *GRUPO MEXICANO DE DESARROLLO S.A. de C.V.*, *SOCIEDAD DOMICILIADA EN Ciudad de México D.F.*, México, y debidamente constituida según las leyes de México; *MARCO ANTONIO BARREIRO CONTIN*, domiciliado en Santafé de Bogotá e identificado con el RG 9'548.352 de Sao Paulo, Brasil, y pasaporte No. CF-117888 de Brasil, en su calidad de apoderado especial de *ASEA BROWN BOVERI LTDA.*, sociedad limitada en Osasco, Estado de Sao Paulo, Brasil, y debidamente constituida según las leyes de Brasil; y de *ABB SAE SADELMI S.p.A.*, sociedad domiciliada en Milán, Italia, y debidamente constituida según las leyes de Italia; y *HORACIO C. CIVILE*, identificado con el pasaporte número 014236 de Argentina y *JUAN GABRIEL DEVIS MORALES*, domiciliado en Santafé de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 3'226.886 expedida en Usaquén, en su calidad de apoderados especiales de *KVAERNER ENERGY A.S.*, sociedad domiciliada en Oslo, Noruega, y debidamente constituida según las leyes de Noruega, han convenido en constituir por el presente documento, un consorcio que se regirá por las siguientes estipulaciones:

PRIMERA.-OBJETO: Los firmantes en forma libre y espontánea por el presente documento constituyen Consorcio cuyo propósito es la presentación de una oferta a la *HIDROELÉCTRICA LA MIEL S.A.*, *HIDROMIEL S.A.*, en desarrollo de la Licitación No. MI-100, que tiene por objeto la financiación del Proyecto, la construcción de obras civiles y el diseño, fabricación, suministro, instalación, pruebas de los equipos electromecánicos y entrega de la central en operación comercial, y para la celebración y ejecución del correspondiente contrato, en caso de la adjudicación de la citada licitación.

SEGUNDA.-DENOMINACIÓN: El Consorcio que por el presente documento se constituye se denominará *CONSORCIO HIDROMIEL*.

TERCERA.-RESPONSABILIDAD: Las sociedades que integran el Consorcio que por el presente documento se constituye, acuerdan comprometer su responsabilidad en forma solidaria y mancomunada respecto de todas y cada una de las obligaciones que se deriven de la propuesta presentada y del contrato que se celebre. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta presentada y del contrato que se celebre, afectarán a todos los miembros que conforman el presente contrato.

CUARTA.- LIDER Y REPRESENTACIÓN: Actuará como líder del presente Consorcio la sociedad *CONSTRUTORA NORBERTO ODEBERCHT S.A.*, quién representará a todos y cada uno de los integrantes del Consorcio para todo lo relacionado con la forma y representación de la propuesta; así como para el perfeccionamiento, ejecución, dirección y coordinación del contrato que se celebre. La sociedad líder actuará a través de sus representantes legales. Toda la correspondencia que se cruce entre *HIDROELÉCTRICA LA MIEL S.A.*, *HIDROMIEL S.A.* y el consorcio, será tramitada por el líder.

QUINTA.- PORCENTAJES DE PARTICIPACIÓN: La participación de las sociedades que integran el Consorcio en la ejecución del Proyecto será la siguiente:

PARTES	ACTIVIDAD	%
<i>Construtora Odebrecht</i>	<i>Obras Civiles</i>	<i>50.0</i>
<i>Grupo Mexicano de Desarrollo</i>	<i>Obras Civiles</i>	<i>17.0</i>
<i>Kvaerner Energy</i>	<i>Equipos e instalaciones mecánicas</i>	<i>16.0</i>
<i>Asea Brown Boveri Ltda.</i>	<i>Equipos e instalaciones Eléctricas</i>	<i>8.5</i>
<i>ABB Sae Sadelmi Spa</i>	<i>Equipos e instalaciones Eléctricas</i>	<i>8.5</i>

SEXTA.-DOMICILIO: El domicilio del Consorcio que por el presente documento se constituye será la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., República de Colombia y su dirección será Avenida 15 No. 101-09, oficinas 607 y 608.

SÉPTIMA.- DURACIÓN: La vigencia del presente Convenio se iniciará a partir de su firma, y se extenderá hasta la fecha de liquidación del contrato que se celebre con *HIDROELÉCTRICA LA MIEL S.A.*, *HIDROMIEL S.A.*, en caso de adjudicación.

asuntos, decidieron que el representante legal de la sociedad Norberto Odebrecht S.A., actuaría como representante de todos y cada uno de los integrantes del Consorcio, tanto para los asuntos atinentes a la presentación de la propuesta, como para los relativos al perfeccionamiento y la ejecución del contrato, en los siguientes términos:

“CUARTA.- LIDER Y REPRESENTACIÓN: Actuará como líder del presente Consorcio la sociedad CONSTRUTORA NORBERTO ODEBERCHT S.A., quien representará a todos y cada uno de los integrantes del Consorcio para todo lo relacionado con la forma y representación de la propuesta; así como para el perfeccionamiento, ejecución, dirección y coordinación del contrato que se celebre. La sociedad líder actuará a través de sus representantes legales. Toda la correspondencia que se cruce entre HIDROELÉCTRICA LA MIEL S.A., HIDROMIEL S.A. y el consorcio, será tramitada por el líder.”. (Negrillas por fuera del original)

Se observa en este caso que el contrato MI-100 y, dentro del mismo la cláusula compromisoria, se celebró, de una parte, por la Hidroeléctrica La Miel, a través de su representante legal y, de la otra, por el Consorcio Miel, a través de su representante “MARCUS TULLIO PEREIRA SCHMIDT, identificado con la cédula de extranjería número 259950 de Bogotá, quien actúa en su condición de representante legal del CONSORCIO”.

Así pues, el Consorcio Miel, a través de su representante, otorgó su consentimiento para someter las eventuales diferencias que pudieran surgir con ocasión del contrato MI-100, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, las cuales se consideraron incorporadas al contrato, cuya sede sería la ciudad de Bogotá.

3.2. Los movimientos societarios de las integrantes del consorcio y sus efectos sobre el contrato MI-100 y sobre la cláusula compromisoria.

El consorcio que suscribió el contrato MI-100 y la cláusula compromisoria estuvo integrado por las siguientes sociedades:

- a) Constructora Norberto Odebrecht, S/A, una sociedad con domicilio principal en la ciudad de Salvador de Bahía, Brasil y sucursal en la ciudad de Bogotá desde el año 1992⁵⁸;
- b) Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A., una sociedad mexicana sin sucursal en Colombia.
- c) Asea Brown Boveri Limitada, una sociedad con domicilio en Sao Pablo, Brasil, con sucursal en Colombia desde el 4 de junio de 1998⁵⁹;

En caso que no se produjese la adjudicación, o ésta se efectuase a otro proponente y se perfeccionen el correspondiente contrato, la vigencia de este Consorcio expirará, y el mismo se entenderá formalmente liquidado, quedando las partes liberadas de cualquier obligación o responsabilidad.

OCTAVA.- EXCLUSIVIDAD: Las sociedades que integran el consorcio se otorgan entre sí garantía de exclusividad para la presentación de la oferta en todas sus etapas y para cualquier negociación en relación con la misma. Esta exclusividad cubre, además de las sociedades que integran el Consorcio, a las que califiquen como filiales o subsidiarias.”

⁵⁸ Certificado de Existencia y Representación Legal de la Constructora Norberto Odebrecht, contenido en el cuaderno RC E1 “Escritos del demandante”.

d) ABB Sae Sadelmi S.p.A., una sociedad italiana con sede en Milán⁶⁰.

e) Kvaerner Energy A.S., una sociedad domiciliada en Noruega, con sucursal en Colombia desde el día 10 de octubre de 1997⁶¹.

El grupo empresarial Asea Brown Boveri, participó en el consorcio con dos de sus filiales, una de Italia y la otra de Brasil: ABB Sae Sadelmi S.p.A., y Asea Brown Boveri Ltda., las cuales se comprometieron con el suministro de maquinaria.

Entre las sociedades miembros del Consorcio Miel se adelantaron algunos movimientos societarios, así:

a) Sociedad Sae Sadelmi S.p.A.

La sociedad Sae Sadelmi S.p.A., se encontraba dividida en dos ramas de actividad, cada una de las cuales conformaba una unidad orgánica: i) la unidad empresarial de generación de energía, cuyo objeto constituía la construcción de maquinaria para centrales de producción de energía eléctrica y ii) la transmisión de energía⁶².

En abril 29 de 1998 esta sociedad transmitió a título universal su negocio de generación de energía a la también sociedad italiana ABB Industria S.p.A⁶³. En

⁵⁹ Certificado de Existencia y Representación Legal de Alstom Brasil Limitada, contenido en el cuaderno RC E1 "Escritos del demandante".

⁶⁰ Documento denominado "Conferimento di complesso Aziendale" contenido en el cuaderno RD D1 "Documentos del Demandado"

⁶¹ Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Kvaerner Energy A.S., contenido en el cuaderno RC E1 "Escritos del demandante".

⁶² Esta información se encuentra en el Documento denominado "Conferimento di complesso Aziendale" contenido en el cuaderno RD D1 "Documentos del Demandado".

En el concepto emitido por el abogado italiano Alberto Nanni se expresa lo siguiente: "Del examen del Informe de Valoración se puede ver que el contrato formaba parte de la división empresarial denominada "Generación de Energía". En realidad, en dicho informe de Valoración se precisa que ABB Sae Sadelmi S.P.A estaba constituida por dos divisiones empresariales diferentes: la primera denominada, precisamente, "Generación de Energía" (POWER) y la segunda denominada "Transmisión de Energía" se ocupaba de la realización de centrales eléctricas (termoeléctricas, hidroeléctricas, de ciclo combinado, de co-generación o a diesel), turbinas a gas, instalaciones de termo-destrucción y desulfuración, como también de los componentes de tales obras; mientras que la división denominada "Transmisión de Energía" se ocupaba del transporte y la transferencia de energía eléctrica mediante la realización de líneas eléctricas de alta y media tensión, y sub-estaciones eléctricas.

"Puesto que el contrato tiene como objeto el diseño, la construcción y la puesta en funcionamiento de una central hidroeléctrica en la localidad de Río La Miel en Colombia, no cabe duda de que tal Contrato formaba parte de la división empresarial denominada "Generación de Energía" que ha sido transferida mediante la mencionada aportación a ABB Industria S.p.A.

Este concepto se encuentra contenido en la Prueba C144 del cuaderno RC D2 "Escritos y Documentos del Demandante".

⁶³ Documento denominado "Conferimento di complesso Aziendale" expedido por la Doctora Vilma Marsala, Agente operante en calidad de Notaria de la Circunscripción Notarial de Milán, en el cual se indica lo siguiente:

"OTORGAMIENTO DE COMPLEJO EMPRESARIAL

esa misma fecha esta última sociedad cambió su denominación social por ABB Sadelmi S.p.A., y en julio 3 de 2000 la última cambió se denominación por Alstom Power Italia⁶⁴.

En noviembre 28 de 2001 la sociedad ABB SAE SADELM I S.p.A. –originaria suscriptora del contrato- se extinguió y se incorporó a la sociedad ABB SACE TMS S.p.A⁶⁵.

Estos movimientos societarios no le fueron informados a la entidad pública contratante e ISAGEN sólo conoció de los mismos con ocasión de la presentación de la demanda arbitral.

b) Asea Brown Boveri Limitada.

El 24 de noviembre de 2000 esta sociedad brasilera incorporó sus actividades de generación de energía a la firma ABB POWER GENERATION LTDA., la cual en marzo de 2000 cambió su denominación social por la de ABB ALSTOM POWER BRASIL LTDA., como consta en el Otrosí No. 5⁶⁶.

El 9 de octubre de 2002, ABB ALSTOM POWER BRASIL LTDA., cedió su participación en el Contrato a ALSTOM BRASIL LTDA⁶⁷., tal como consta en el Otrosí No. 9 del Contrato.⁶⁸

Como se desprende de los otrosíes números 5 y 9, estas operaciones societarias fueron conocidas y consentidas por la entidad contratante.

c) Grupo Mexicano de Desarrollo S.A.

El Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., cedió el 26 de noviembre de 2002 a Construtora Norberto Odebrecht S/A sus derechos y obligaciones derivados del Contrato. Esta cesión fue firmada el 9 de julio de 2003 por Construtora Norberto Odebrecht, por el Grupo Mexicano cedente y por el representante legal de ISAGEN⁶⁹.

“(…)

“Otorgamiento del ramo de la *empresa* “Sae Sadelmi Energía”, en ABB Industria S.A

“(…)

“*Aprobar el otorgamiento con base en el artículo 2343 del Código Civil Italiano, en la ABB Industria S.A (que será llamada “ABB Sadelmi S.A”), de la rama de la empresa llamada “Generación de Energía”*”

Este documento en idioma italiana fue traducido por Marco Alberto Calderón, traductor e intérprete oficial, según la Resolución 981 del 11 de abril de 1994, expedida por el Ministerio Colombiano de Justicia.

⁶⁴ Prueba C-43 contenida en el cuaderno RC D1 “*Documentos del Demandante*”.

⁶⁵ Prueba 4 cuaderno RD D1 “*Documentos del demandado*”.

⁶⁶ Prueba 11 contenida en el cuaderno RC D1 “*Documentos del Demandante*”.

⁶⁷ Certificado de Existencia y Representación Legal de Alstom Brasil Limitada, contenido en el cuaderno RC E1 “*Escritos del demandante*”.

⁶⁸ Prueba 15 contenida en el cuaderno RC D1 “*Documentos del Demandante*”.

⁶⁹ Acta de cesión contenida en el cuaderno RD D2 “*Documentos del Demandado*”.

d) Las sociedades Norberto Odebrecht y Kvaerner Energy A.S., continuaron hasta el final, sólo que, como antes se expuso, la primera incorporó los derechos y las obligaciones de la sociedad mexicana.

En relación con los movimientos societarios adelantados por ABB SAE SADELM I S.p.A., la Sala encuentra lo siguiente:

En 1998, según se lee en el “*Conferimento di complesso Aziendale*”⁷⁰, la negociación llevada a cabo entre las empresas italianas tuvo por objeto la aportación no dineraria de una de sus ramas de actividad, la unidad empresarial de generación de energía, incluyendo todos los activos y pasivos de esta rama y, a cambio, recibió acciones de la sociedad beneficiaria, la cual amplió su capital en contraprestación a los aportes recibidos. Esta operación se registró en la Cámara de Comercio de Milán, la cual correspondía al domicilio de las dos sociedades participantes en el negocio.

Al negocio jurídico celebrado entre las sociedades italianas y que se ejecutaba en ese país, debían aplicársele las normas jurídicas italianas, de conformidad con las previsiones de los artículos 20 y 21⁷¹ de nuestro Código Civil.

Sobre la transferencia entre empresas, de conformidad con las normas italianas, el experto Alberto Nanni expuso lo siguiente en el proceso arbitral⁷²:

“3. El artículo 2342, párrafo tercero, del “cod. civ.” (Código Civil Italiano), prevé expresamente la posibilidad de que las aportaciones a sociedades anónimas se puedan realizar con bienes en especie y, por lo tanto, con cualquier bien que pueda ser objeto de valoración económica. El artículo 2343 del cod. civ. (Código Civil Italiano) dispone que, en el caso de aportación de bienes en especie, es necesario contar con el informe jurado de un perito designado por el tribunal competente, al cual se le requiere la tarea de efectuar una valoración del bien en especie objeto de la aportación. No cabe duda de que el objeto de aportación en especie puede ser una empresa o una división de una empresa.

“En el caso de que el objeto de la transferencia sea una empresa o una división de una empresa, se hace evidente la aplicación de los artículos

⁷⁰Información que se corrobora con el concepto emitido por el experto en Derecho Italiano Alberto Nanni (Prueba C-144).

⁷¹ “ARTICULO 20. APLICABILIDAD DE LA LEY EN MATERIA DE BIENES. Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

“Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

“Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión.”

“ARTICULO 21. FORMA DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el código judicial de la unión.

“La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.”

⁷² Prueba C 144 cuaderno RC D2 “Escritos y documentos del Demandante”.

2556 y siguientes del cod. civ. (Código Civil Italiano) en materia de transferencia de empresas. Entre tales normas, se debe hacer referencia al artículo 2558, párrafo primero, del cod. civ. (Código Civil Italiano), según el cual “a menos que se haya pactado en forma diversa, el adquirente de la empresa reemplaza [al cedente] en los contratos suscritos para el ejercicio de la empresa que no sean de naturaleza personal”. En esencia, conforme a tal norma, en el caso de la transferencia de una empresa se verifica ipso iure una sucesión a favor del adquirente de todas las relaciones y los contratos vinculados con la empresa objeto de la cesión que pertenecía al cedente. Esta regla puede sufrir excepciones si esto está expresamente previsto en el contrato de cesión de la empresa. En el caso que nos concierne, hemos examinado la Escritura de Aportación, la cual no contiene ninguna exclusión, porque prevé expresamente la transferencia a ABB Industria S.p.A. de la división empresarial denominada “Generación de Energía” “en su unidad orgánica económica y financiera y consta exclusivamente de todo lo que se contempla en el “informe jurado” mencionado ut supra, como también de todo lo demás que constituye dicha unidad orgánica sin excepción alguna”. (Negrillas añadidas)

“En consecuencia, puedo afirmar que con la Escritura de Aportación se ha transferido a ABB Industria S.p.A. la totalidad de la división empresarial denominada “Generación de Energía”.

En principio, puede afirmarse que la operación societaria realizada en Italia tenía efectos sobre el contrato MI-100, en la medida en que el mismo hiciera parte del ramo de generación de energía, pues si bien, por disposición de las mismas partes, al contrato MI-100 le eran aplicables las normas jurídicas colombianas, ello no se hacía extensivo a las operaciones que, como sociedad, desarrollaba ABB Sae Sadelmi S.p.A.

La entidad convocada y ahora recurrente afirmó que el contrato MI-100 no hacía parte de la operación societaria porque la cesión del contrato, según la cláusula 29, se encontraba condicionada a la autorización de la entidad, la cual en momento alguno se había otorgado, dado que tal operación no fue conocida por ella.

Sea lo primero aclarar que en este caso ocurrió una escisión en bloque, en términos de la ley colombiana⁷³ y una transferencia entre empresas, de

⁷³Ley 222 de 1995.

“ARTICULO 3°. MODALIDADES:

“Habrá Escisión cuando:

- 1. Una sociedad sin disolverse, transfiera en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.*
- 2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.*

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

“Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquella, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.”

conformidad con la legislación italiana, más no una cesión del contrato MI-100, como afirmó la recurrente. Cabe preguntarse si la transferencia efectuada incluyó el contrato MI-100 y la cláusula compromisoria.

De conformidad con la legislación italiana, debían dejarse expresamente consignados los asuntos no incluidos en la transferencia y en este caso no se consignó que el contrato MI-100, o el pacto arbitral, o el poder otorgado al representante del Consorcio, estuviesen excluidos de la misma, razón por la cual cabe entender que la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., transfirió también a la beneficiaria - Alstom Power Italia - los contratos que tuviesen que ver con la generación de energía por ella suscritos, entre los cuales se encontraban, tanto su participación en el contrato MI 100 celebrado con Hidroeléctrica La Miel S.A., por conducto del Consorcio Miel del cual esa empresa era integrante, como también se incluyó el acuerdo celebrado entre los propios miembros del Consorcio, una de cuyas cláusulas comprendió el tema de la representación del mismo, así como el contenido en la cláusula compromisoria, contratos en los cuales la sociedad Alstom Power Italia pasó a ocupar el lugar de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., y, desde luego, los derechos y las obligaciones derivados de los mismos⁷⁴.

Asimismo, el objetivo de la rama de generación de energía constituía la construcción de maquinaria para centrales de producción eléctrica, actividad que ABB Sae Sadelmi S.p.A., se comprometió a efectuar para la entidad contratante, como parte del consorcio⁷⁵.

A tal figura se ha referido esta Corporación, entre otras, en Sentencia de la Sección Cuarta calendada el 15 de noviembre de 2007, Expediente 15315, con ponencia del Magistrado Héctor J. Romero Díaz, algunos de cuyos apartes se transcriben a continuación:

“(…) la doctrina ha considerado que existen dos modalidades de escisión: la parcial y la total. En virtud de la primera, la sociedad escidente, sin disolverse, segrega parte o partes de su patrimonio para traspasarlo en bloque a una o varias sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades nuevas. En la escisión total, la escidente se disuelve sin liquidarse, para producir el efecto de división sobre todo el patrimonio social, cuyas partes se transfieren en bloque a sociedades nuevas o ya existentes (…).”

La diferencia entre las dos modalidades de escisión radica en que en la parcial, la escidente no se disuelve y continúa funcionando, mientras que en la total, la sociedad se extingue por sustracción de materia, sin que sea necesario surtir el trámite liquidatorio (artículo 9 de la Ley 222 de 1995)⁷³.

Sea cual fuere la modalidad de escisión que adopte una sociedad, siempre existe una transferencia patrimonial en bloque, que opera frente a las sociedades intervinientes y frente a terceros, a partir del registro mercantil de la escritura pública de escisión, por lo que dicho registro público adquiere el carácter de constitutivo (artículo 9 de la Ley 222 de 1995)”.

⁷⁴También afirmó el experto que: *“El artículo 2504-bis, párrafo primero del “cod civ” (Código Civil Italiano) establece los efectos de una operación de fusión entre sociedades anónimas italianas. Concretamente, este artículo prevé que: “la sociedad que resulta de la fusión o la sociedad absorbente asume los derechos y las obligaciones de las sociedades participantes en la fusión, continuando todas sus relaciones, incluso procesales, anteriores a la fusión” Por ende, no cabe duda de que la fusión (ya sean mediante constitución de una nueva sociedad o mediante la incorporación en una sociedad de una o más sociedades diversas) produce los efectos legales de sucesión universal ex lege.”*

⁷⁵ Expresó el mencionado experto en derecho italiano lo siguiente:

“4. Del examen del Informe de Valoración se puede ver que el contrato formaba parte de la división empresarial denominada “Generación de Energía”. En realidad, en dicho informe de Valoración se precisa que ABB Sae Sadelmi S.P.A estaba constituida por dos divisiones empresariales diferentes: la primera denominada, precisamente, “Generación de Energía” (POWER) y la segunda denominada “Transmisión de Energía” se ocupaba de la realización de centrales eléctricas (termoeléctricas, hidroeléctricas, de ciclo combinado, de co-generación o a diesel), turbinas a gas, instalaciones de termo-destrucción y desulfuración, como también de los componentes de tales obras; mientras que la división denominada “Transmisión de Energía” se ocupaba del transporte y la transferencia de energía eléctrica mediante la realización de líneas eléctricas de alta y media tensión, y sub-estaciones eléctricas.

3.3. Modificación de la cláusula compromisoria.

Mediante otrosí fechado el 6 de julio de 2004 –distinguido como otrosí número 13- se modificó la cláusula Trigésimo Tercera del Contrato en los siguientes términos⁷⁶:

*“OTROSÍ MODIFICATORIO A LA CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI-100 - En este estado, y vigente el Contrato de Obra MI-100, entre los suscritos LUIS FERNANDO RICO PINZON, mayor, vecino de Medellín, identificado con cédula de ciudadanía 19.304.857 expedida en Bogotá, en su calidad de Gerente General y por tanto como representante legal de ISAGEN S.A. E.S.P.; empresa de servicios públicos mixta, constituida por escritura pública No. 230 del 4 de abril, de 1995, en adelante LA PROPIETARIA, la cual de conformidad con lo previsto en el ACTA DE CESION suscrita entre el FIDEICOMISO MIEL I e ISAGEN el 10 de junio de 2004 es parte del contrato de obra MI 100, por una parte, y por la otra Erlon Arfelli, mayor, vecino de Bogotá, identificado con cédula de extranjería No. 293.748 de Bogotá quien en su calidad de Director del Consorcio, obra en representación del Consorcio Miel, constituido por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ALSTOM BRASIL LTDA., ABB SAE SADEMI SPA y KVAERNER ENERGY A.S. en adelante EL CONSORCIO, quien manifestó que ni él ni los representantes legales de las sociedades que integran EL CONSORCIO, ni las mismas están incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el presente otrosí modificatorio de la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI-100, por medio del presente instrumento, **ACUERDAN:***

*“**PRIMERO. Modificar la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA DEL CONTRATO DE OBRA MI- 100** la cual quedará así: CLAUSULA TRIGÉSIMO TERCERA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: Todas las desavenencias o controversias que deriven de este contrato que guarden relación con éste, y que no hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho reglamento. En caso de que el Presidente del Tribunal deba ser nombrado por la Corte de Arbitraje de la CCI, dicho Presidente, deberá tener dominio suficiente del idioma castellano, deberá igualmente contar con experiencia suficiente en contratos de obra y haber participado, como árbitro, en por lo menos tres (3) arbitrajes administrados bajo el Reglamento de la CCI. El arbitraje tendrá como sede la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, en idioma español. El procedimiento será el previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI o, en su defecto, el que*

“Puesto que el contrato tiene como objeto el diseño, la construcción y la puesta en funcionamiento de una central hidroeléctrica en la localidad de Río La Miel en Colombia, no cabe duda de que tal Contrato formaba parte de la división empresarial denominada “Generación de Energía” que ha sido transferida mediante la mencionada aportación a ABB Industria S.p.A.”

⁷⁶ Prueba 19, cuaderno RC D1 “Documentos del Demandante”, del expediente arbitral.

determine el Tribunal Arbitral. **El laudo será en derecho y a las diferencias se aplicará la ley sustantiva colombiana.** El laudo deberá estar motivado y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes.”

Sea lo primero advertir que esta cláusula se suscribió después del vencimiento del plazo contractual⁷⁷ y de que ISAGEN y el representante del consorcio suscribieron las actas de entrega y de recibo en operación comercial de la central⁷⁸, así como las garantías de calidad y correcto funcionamiento y de estabilidad de la obra⁷⁹, lo cual, en principio, indicaría que se trató de un acuerdo extemporáneo, dado que no parece posible modificar aquello que se encuentra vencido; no obstante, considera la Sala que, tratándose de la cláusula compromisoria, ello resultaba ajustado al ordenamiento jurídico, siempre que no hubiere caducado la acción contractual, época durante la cual se podía convocar el tribunal o también modificar el acuerdo que en este sentido se efectuó, lo cual evidencia la autonomía de la cláusula compromisoria, respecto del contrato suscrito, cuyos términos y condiciones corren de manera independiente a ésta.

Precisado entonces lo anterior y para efectos de determinar la existencia de la cláusula compromisoria que quedó contenida en el otrosí modificatorio a la cláusula trigésimo tercera del contrato de obra MI-100, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

De acuerdo con los dictados del artículo 120 del Decreto 1818 de 1998, encuentra la Sala que el acto modificatorio de la cláusula compromisoria expresó el nombre de las partes, así como la determinación precisa del contrato cuyas controversias serían solucionadas por la vía arbitral.

Sostuvo la recurrente que el Consorcio no otorgó el consentimiento, dado que para la fecha en la cual se suscribió el otrosí, la sociedad ABB SAE SADEMI S.p.A., había dejado de existir. Se examinará, entonces, la cuestión.

⁷⁷ En la cláusula novena del contrato MI-100 del contrato se acordó que “El plazo para la ejecución y entrega de los trabajos a entera satisfacción de la Propietaria es de mil seiscientos cuarenta y dos (1642) días calendario, contados a partir de la fecha señalada en la orden de iniciar los mismos”. La orden de iniciar los trabajos se suscribió el 23 de diciembre de 1997 y en la misma se indicó que la iniciación de los trabajos tendría lugar el 24 de diciembre de ese año (Prueba C82-22D1).

Mediante el contrato adicional número 1, suscrito el 21 de noviembre de 2000, se fijó un nuevo plazo de 1751 días⁷⁷, es decir, se amplió el plazo inicial en 109 días, los cuales debían terminar el día 9 de octubre de 2002; además se consagró que el contrato estaría vigente desde el perfeccionamiento hasta la suscripción del acta de liquidación final (Prueba 22 RCD1).

⁷⁸ El 23 de octubre de 2002 se suscribió el Acta de recepción de obra civil ejecutada (Prueba R -26CD1). El 29 de noviembre de 2002 se suscribió entre el Acta de Recibo en Operación Comercial de la Unidad No. 1, así como el Acta de Recibo en Operación Comercial de la Unidad No. 2 y el Acta de Recibo en Operación Comercial de la Unidad No. 3 (Prueba R-16D).

El 20 de diciembre de 2002 se suscribió el Acta de Entrega de la Central en Operación Comercial (Prueba R-16 D-27).

⁷⁹ La Compañía Aseguradora de Fianzas “Confianza” emitió la póliza de calidad y correcto funcionamiento No. C-06-06-1706110 el día 14 de agosto de 2003 (Prueba R-16 D-23).

El día 1 de septiembre de 2003 la compañía Seguros del Estado emitió la póliza de estabilidad de la obra, número 031806798 (Prueba R-16 D-24).

Considera la Sala que tanto la cláusula compromisoria -la inicialmente suscrita y su modificación-, como los derechos y las obligaciones derivados de la misma vinculaban al Consorcio como parte del contrato MI-100, por diversas razones, tal como se expone a continuación:

i) La modificación de la cláusula compromisoria, efectuada mediante otrosí número 13, fue suscrita, de una parte, por el representante legal de ISAGEN “y por la otra Erlon Arfelli, mayor, vecino de Bogotá, identificado con cédula de extranjería No. 293.748 de Bogotá **quien en su calidad de Director del Consorcio, obra en representación del Consorcio Miel, constituido por las sociedades CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ALSTOM BRASIL LTDA., ABB SAE SADELMi SPA y KVAERNER ENERGY A.S. en adelante EL CONSORCIO**”.(Se destaca).

Se observa que tanto la cláusula compromisoria original como su modificación, fueron suscritas entre las partes del contrato, de un lado ISAGEN y del otro el Consorcio Miel, cada una a través de su representante.

Como antes se expresó, cuando se realizó la transferencia en bloque de ABB Sae Sadelmi S.p.A., a Alstom Power Italia S.p.A., también se transfirió la posición que la primera tenía en los contratos suscritos en los cuales se encontrare involucrada la actividad de generación de energía, así como los derechos y las obligaciones derivados de los mismos, de los cuales hacían parte, entre otros, el acuerdo consorcial, el contrato MI-100 y la cláusula compromisoria.

Así pues, se impone entender que el mandato otorgado por ABB Sae Sadelmi S.p.A., para efectos de su representación en el consorcio, también hizo parte de los contratos transferidos y, en esa medida, cuando el representante del Consorcio suscribió el otrosí número 13, lo hizo en nombre y representación del Consorcio y, en cuanto las facultades otorgadas a dicho representante, se hallaban incluidas las de vincular a cada uno de los integrantes individualmente considerados, por lo que, naturalmente, también actuó en nombre y representación de la beneficiaria de la transferencia - Alstom Power Italia-.

En ese orden de ideas, toda vez que para el momento en el cual las partes suscribieron la modificación de la cláusula compromisoria, la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., ocupaba en el Consorcio la posición de ABB Sae Sadelmi S.p.A., ha de concluirse que la modificación efectuada a través del otrosí número 13, también la vinculó, aunque su nombre no se hubiere consignado expresamente en el contrato.

ii) Adicionalmente cabe sostener que de ninguna manera puede afirmarse categórica y absolutamente que la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., habría resultado ajena por completo a la mencionada cláusula, toda vez que, como una excepción al principio de la relatividad⁸⁰ de los actos jurídicos y como una forma

⁸⁰ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia al principio de relatividad de los actos jurídicos, en los términos que se expresan a continuación:

“Si el negocio jurídico es, según la metáfora jurídica más vigorosa que campea en el derecho privado, ley para sus autores (pacta sum servanda), queriéndose con ello significar que de ordinario son soberanos para dictar las reglas que los regirá, asimismo es natural que esa “ley” no pueda ponerse en hombros de personas que no han manifestado su consentimiento en dicho contrato, si todo ello es así, repítese, al pronto se desgaja el corolario obvio de que los contratos no pueden ensanchar sus lindes para ir más allá de sus propios contornos, postulado que universalmente es reconocido con el aforismo romano res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest. Aun así en los ordenamientos jurídicos que como el nuestro no tienen norma expresa que lo diga, pero que clara y tácitamente efunde de lo dispuesto en el artículo 1602 del código civil,

de hacer extensivos los efectos subjetivos de tales actos a quienes tengan respecto de los mismos la calidad de terceros -en el sentido absoluto de la palabra-, se ha consagrado en nuestra legislación civil la figura del contrato a favor de un tercero, conocida ampliamente con la denominación de estipulación para otro⁸¹, en relación con la cual la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

“El principio general de que los contratos no afectan a los terceros extraños a él viene a tener una excepción en casos especiales en que una persona celebra estipulaciones a favor de un tercero. En este último evento, la estipulación es diversa por todos sus aspectos del mandato como representante del contratante y tiene facultad para obligarlo, mientras que en

pues al equiparar el contrato a la ley, pone de manifiesto que esa vigorosa expresión de la fuerza del convenio lo es para las partes que han dado en consentirlo. Y por exclusión, no lo puede ser para los demás. El contrato, pues, es asunto de contratantes, y no podrá alcanzar intereses ajenos. Grave ofensa para libertad contractual y la autonomía de la voluntad fuera de otro modo. El principio de la relatividad del contrato significa entonces que a los extraños ni afecta ni perjudica; lo que es decir, el contrato no los toca, ni para bien ni para mal.” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 28 de 2005. Rad: 1999-00449-01. M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

También esta Corporación se ha ocupado del mencionado principio de relatividad, respecto de lo cual ha sostenido lo siguiente⁸⁰:

“[C]abría agregar algunas características propias de las obligaciones cuya fuente se encuentra en los contratos, las cuales están ínsitas en la propia noción de contrato, cuya génesis se encuentra en la definición de Pothier, para quien el contrato es una convención “por la cual dos partes recíprocamente, o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer una cosa”

“Consecuencia obligada de la anterior noción, es la referida al señalamiento de que el efecto propio del contrato consiste en crear obligaciones entre los contratantes, la cual encuentra soporte en el ordenamiento positivo colombiano, así:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” (art. 1.602 C.C.)

“Que el contrato solo produce efectos entre las personas contratantes, constituye la regla sobre la cual la doctrina moderna ha esgrimido el llamado “Principio de la Relatividad de los Contratos”, que a partir de reconocer que solo el titular de un derecho puede disponer del mismo, establece la inoponibilidad de las obligaciones contractuales a terceros, esto es, que el contrato agota sus efectos entre los contratantes.

“De lo anterior es dable concluir con la doctrina que, “En esta forma, un contratante no puede vincular a un extraño a la ley contractual”, salvo los eventos excepcionales de la estipulación por otro y de la convención colectiva de trabajo.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de marzo 30 de 2000, Expediente 5785. C. P Olga Inés Navarrete Barrero.

⁸¹ Los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta, se han referido a la figura de la estipulación para otro en los siguientes términos: *“Es un contrato en donde las partes convienen que las obligaciones de una de ellas, se deben cumplir a favor de un tercero, no participante en el contrato y que no haya sido representado por ninguna de las partes”* (OSPINA FERNANDEZ GUILLERMO Y OSPINA ACOSTA EDUARDO, Teoría general del contrato y del negocio jurídico, Ed. Temis, 6ª edición, Bogotá, 2000, pág. 381).

Para el profesor Carlos Darío Barrera la institución de la estipulación para otro se presenta cuando *“una persona se compromete ante otra a cumplir determinada obligación que tendrá como acreedor, no al otro contratante, sino a un tercero que interviene en el acto”* (BARRERA TAPIAS, CARLOS DARIO, Las obligaciones en el derecho moderno: las fuentes. El acto jurídico, Ed. Temis, Bogotá, 2ª edición, 2004, p. 175-176).

De acuerdo con los hermanos MAZEAUD, la figura de la estipulación para otro hace referencia al *“negocio jurídico en virtud del cual una persona, el estipulante, conviene con otra persona, el promitente, que éste cumplirá una prestación a favor de un tercero, el beneficiario”* (MAZEAUD, HENRI Y JEAN, Lecciones de derecho civil, parte II, vol. III, Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones. Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1960, pág. 61).

*la estipulación a favor de otro no existe representación alguna, directa ni indirecta del beneficiario.*⁸²

La norma legal que en derecho común colombiano regula, de manera general, la institución de la estipulación a favor de un tercero, se encuentra contenida en el artículo 1506 del Código Civil, según la cual:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

“Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a la estipulación para otro, en los siguientes términos:

“[C]abe recordar que la Corte, en sentencia de 29 de enero de 1943, señaló que “la estipulación [para] otro, que es una de las aplicaciones más interesantes de la doctrina de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, está consagrada ampliamente en el artículo 1506 del Código Civil, que establece que ‘cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado, y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato’. En esta convención sui generis, que constituye una excepción al principio general de derecho contractual que enseña que los contratos sólo ligan a quienes concurren con su consentimiento a su formación, intervienen tres personas: el estipulante, que es quien estipula en favor de otro; el promitente o promisor, que es la persona que contrae la obligación, y el beneficiario, que es el tercero en cuyo favor nace el derecho del contrato, y quien no actúa en él para nada. Los efectos de la estipulación [para] otro, en lo que interesa al recurso, de acuerdo con el precepto legal, se reducen a que el beneficiario es el único que puede demandar lo estipulado; en ningún caso puede exigirlo el estipulante. La aceptación que requiere el artículo [1506] del Código Civil tiene importancia, no para adquirir el derecho radicado en manos del beneficiario a cuyo patrimonio ingresa por la sola celebración del contrato entre estipulante y promitente, sino para el efecto de hacer imposible la revocación que antes de ella pueden acordar los contratantes. ‘La aceptación no es la que hace nacer el derecho en su patrimonio (el del beneficiario), sino que es necesaria para tomar la posesión del derecho, para impedir la revocación que hasta ese momento pueden efectuar promitente y estipulante. Algo parecido a lo que acontece con la aceptación que hace el heredero de la herencia; el heredero no adquiere herencia por aceptación, sino por el solo fallecimiento del causante, y la aceptación la hace para tomar posesión de sus derechos’ (Alessandri y Somarriva. Derecho Civil. Tomo IV, página 281)...”⁸³(Subrayas de la Corte)

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de septiembre 27 de 1939, XLVIII, 594.

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de enero 15 de 2009. Exp. No. 47001-31-03-003-2001-00433-01. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

En virtud de la institución de la estipulación a favor de otro, la ley autoriza a cualquier persona para que convenga a favor de un tercero, sin contar con derecho alguno para representarlo, en el entendido de que sólo ese tercero podrá exigir lo estipulado una vez acepte, de manera expresa o tácita, la respectiva convención; en relación con la aceptación del tercero, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“Para que la estipulación por o para otro pueda producir efectos respecto del beneficiario, es indispensable la aceptación expresa o tácita de éste; entretanto, él es un simple tercero, a quien jurídicamente no puede aprovecharle ni perjudicarle: alteri stipulari nemo potest.”⁸⁴ (negritas por fuera del original).

En cuanto a los requisitos de esta figura jurídica, respecto del beneficiario, se ha discutido si el tercero beneficiario tiene que ser una persona determinada o no. En épocas pasadas, la doctrina no aceptaba la estipulación a favor de personas indeterminadas, como tampoco a favor de personas futuras; en la actualidad, se acepta la estipulación a favor de personas indeterminadas o de personas futuras, pero se exige que al momento de reclamar el derecho, la persona se encuentre determinada y tenga existencia⁸⁵.

La aceptación que el tercero manifiesta respecto de la estipulación que se ha efectuado a su favor genera efectos retroactivos al momento de la celebración de la convención entre estipulante y promitente, al tiempo que determina el surgimiento de una relación contractual entre el beneficiario y el promitente, en virtud de la cual, precisamente, aquél en condición de acreedor podrá exigirle al promitente el cumplimiento de su obligación.

En el evento de que se ratifiquen actos o contratos regidos por el Código de Comercio, a tales ratificaciones se ha de aplicar lo previsto en el artículo 844 del mismo Código, según el cual:

“Artículo 844.- La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros”.

El efecto retroactivo de la estipulación ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha adoptado la teoría de la adquisición directa del derecho por parte del beneficiario, de acuerdo con Josserand, los hermanos Mazeaud, Messineo y Alessandri; al respecto ha afirmado la Corte:

“La facultad que tiene el tercero para aceptar o no la estipulación hecha para él –la cual nace desde la celebración del contrato entre el estipulante y el promitente (art. 1506 del C.C.)-, faculta que como atributo moral consiste en la aptitud, el derecho o poder de hacer o no hacer alguna cosa, necesariamente, es algo que pertenece a la tercera persona para quien se contrata: una potencia que, al igual que los demás derechos que le son propios, está incluida entre los que componen el haber patrimonial y la trasmite consecuentemente a sus herederos al tenor de lo dispuesto en los arts. 1008 y 1055 del C.C.”⁸⁶

⁸⁴Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 14 de 1952, LXXIII, 678.

⁸⁵MARTIN BERNAL, JOSE MANUEL, La estipulación a favor de tercero, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 166-167.

⁸⁶Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de noviembre de 1927, XXXV, 123.

Y se entiende que la obligación que el prometiende asume para con el beneficiario y que sólo éste puede exigirle, también encuentra sustrato en la relación contractual que se concluye entre dichos prometiende y beneficiario, comoquiera que la manifestación de voluntad que realiza tal prometiende en acuerdo con el estipulante, en el sentido de obligarse a favor del beneficiario, encuentra como respuesta la aceptación incondicional de éste.

A propósito del efecto retroactivo que cabe predicar respecto de la aceptación del beneficiario frente a la obligación que el prometiende asume y del contrato que a partir de tal aceptación se forma, la doctrina autorizada ha señalado:

“Por el motivo que sea, el delegado promete a favor de un tercero, el delegatario, o sea que asume frente a él la obligación ajena (del delegante). Y queda a la entera discreción de dicho tercero aceptar o no tal promesa, en los términos en que se le ofrece, que no está al arbitrio suyo modificar. Su derecho a la promesa es directo e inmediato, y mientras no haya manifestado su aceptación o conformidad, estipulante y promitente pueden variar los términos del acuerdo y de la promesa y retractarse. Ese es asunto de ellos y que se definirá entre ellos. Pero, una vez que el tercero-delegatario-acreedor acepta, la promesa, revocable o no, da paso a un contrato en razón del cual el delegado queda comprometido definitivamente para con él, y con efecto retroactivo”⁸⁷.

Incluso, quienes de manera seria y razonada critican algunos de los aspectos en los cuales la legislación nacional consagra la figura de la *estipulación para otro*, la describen así:

“d) El derecho colombiano. Al tenor del ya transcrito art. 1506 de nuestro Código Civil, la estipulación para otro ha sido acogida en la forma más amplia y compatible con las necesidades del comercio, apartándose así dicha obra de los prejuicios restrictivos de sus modelos romano, francés y español: “cualquier persona, aunque no tenga derecho para representar a un tercero, puede, sin embargo, estipular a favor de este una obligación a cargo del otro contratante”. De esta suerte queda abierto ancho campo a esta institución de creciente importancia práctica en materia de seguros, de transportes, de títulos valores, etc., en los cuales es indispensable admitir la existencia de un derecho, siquiera condicionado, a favor del tercero beneficiario y a cargo del contratante promitente, desde el momento mismo de la celebración del contrato entre este y el estipulante. Igualmente, el citado art. 1506 precisa, según lo veremos con más amplitud, los efectos de la estipulación, tanto entre los contratantes, a quienes se les reconoce el derecho de revocarla antes de la aceptación del beneficiario, como respecto de este, quien adquiere, desde la celebración del contrato, el derecho correlativo al compromiso unipersonal o unilateral que contrae el promitente en su favor”⁸⁸.

⁸⁷ HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las obligaciones – concepto, estructura, vicisitudes”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D. C. Marzo de 2002. Primera edición.

⁸⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. “TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DE LOS DEMÁS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS”. Cuarta edición actualizada. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1994.

La formación de un negocio jurídico, a partir de la aceptación que manifiesta el tercero beneficiario, al cual quedan vinculados el prometiende y el acreedor en cuyo favor se ha extendido la estipulación, se evidencia con claridad en las líneas que al tema dedica el profesor Claro Solar al examinar el artículo 1499 del Código Civil chileno, cuyo texto corresponde, en su totalidad, al del artículo 1506 del Código Civil patrio:

“El art. 1499 supone que quien estipula lo hace en su propio nombre, pero a favor de una tercera persona a quien no representa. Como el estipulante no estipula para sí, sino para esa tercera persona, debe ésta aceptar o no lo estipulado y sólo ella puede demandar lo estipulado.

“La eficacia del contrato depende, pues, de esta aprobación del tercero. Si no la acepta, el contrato no produce efecto. Si lo acepta, el contrato queda firme; y los contratantes no pueden dejarlo sin efecto, sin la voluntad de esa persona a favor de la cual se ha estipulado.

*“Al decir la ley que “solo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado”, da por establecida su aprobación, la cual si no se hubiera dado antes de la demanda, quedaría dada en la demanda misma. Esta aceptación es indispensable para que el provisor quede obligado, porque **la obligación resulta del consentimiento del acreedor y del deudor**; y como el acreedor no es el estipulante, sino la tercera persona a cuyo favor estipula, es indispensable que éste acepte ese carácter y consienta en la promisión a que la otra parte se obligó. Antes de esta aceptación hay solo un proyecto de obligación subordinada a ella, desde que nadie puede adquirir un derecho sin la voluntad de adquirirlo”⁸⁹. (Se ha destacado).*

En este caso concreto, tal como se expuso en punto anterior, el representante del Consorcio recibió el mandato de representar tanto al Consorcio Miel como a cada uno de sus integrantes individualmente considerados, luego, cuando éste suscribió el otrosí No. 13 en nombre y representación del Consorcio y de sus miembros, aún si se asumiera la hipótesis de que Alstom Power Italia S.p.A. no fuera parte para ese momento del Consorcio - tesis difícil de sostener en tanto que esta sociedad había recibido en bloque todos los negocios de energía de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., incluida su participación en el Consorcio Miel, su vinculación al contrato MI 100 y su vinculación a la respectiva cláusula compromisoria, entre muchos otros negocios jurídicos-, habría lugar a sostener que el representante del Consorcio, al suscribir el otrosí No. 13, lo que en realidad hizo fue estipular a favor de Alstom Power Italia en calidad de tercero, dado el carácter que esa sociedad tenía de beneficiaria de la transferencia en bloque del negocio de generación de energía de la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., no empero que formalmente se hubiera mencionado a ABB Sae Sadelmi S.p.A., sociedad que ya no existía para ese momento, debiendo entenderse por ello que al suscribirse el otrosí modificadorio se hizo referencia a la sociedad que recibió en bloque todos los negocios jurídicos de energía de aquella.

Según se observó en el proceso arbitral, Alstom Power Italia, mediante comunicación calendada el 20 de septiembre de 2005, manifestó que ratificaba las actuaciones, manifestaciones y actos efectuados por la sociedad ABB Sae

⁸⁹CLARO SOLAR, Luis. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO. Volumen V. Tomo Undécimo – De Las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis. Bogotá, 1988.

Sadelmi S.p.A., y por el Consorcio Miel⁹⁰, de lo cual se impone entender que, de conformidad con las previsiones del artículo 1506 del Código Civil, aceptó la estipulación que en su favor se hizo a propósito de la modificación de la cláusula compromisoria, aceptación que, según ya se explicó, dio lugar al perfeccionamiento - con efectos retroactivos - del pacto arbitral entre dicha acreedora y beneficiaria (Alstom Power Italia S.p.A) y la prometedora, en este caso la entidad pública contratante. Agréguese a ello, además, que en los términos del artículo 844 del Código de Comercio, tal ratificación tiene efectos retroactivos, en este caso, respecto de la modificación de la cláusula compromisoria, toda vez que ésta también se hizo a través de un documento escrito y no podría afirmarse que se hubieron lesionado intereses de terceros porque, además, esta sociedad nada reclamó para sí en el proceso arbitral. En consecuencia, también por esta vía - ha de entenderse - esta sociedad habría otorgado su consentimiento.

iii) A todo lo expuesto conviene adicionar que el Decreto 1818 de 1998 prevé la intervención de terceros en los procesos arbitrales, así como la adhesión al arbitramento por parte de quienes no estipularon el pacto arbitral, según los dictados de los artículos 149 y 150 de esta norma jurídica⁹¹, lo cual significa que si la propia ley contempla y garantiza que un tercero que no ha suscrito la cláusula compromisoria pueda adherir a la misma y, por ende, darle validez al proceso, no existe razón alguna para que esa adhesión que la ley permite, previa citación, en este caso no haya de tener efectos, como lo mencionó la recurrente, además que, según lo ha señalado la doctrina, puede presentarse el caso de una aceptación

⁹⁰“Por otra parte, a raíz de las pretensiones y peticiones formuladas por la Parte Demandada en sus escritos a los que hace referencia en el resumen de las mismas en el borrador de Acta de Misión, la sociedad Alstom Power Italia SpA, en su calidad ya descrita, suscribió el documento que se adjunta al presente escrito, en virtud del cual (i) “asume en su nombre y ratifica todas y cada una de las actuaciones, manifestaciones y actos efectuados en nombre de ABB SaeSadelmi SpA individualmente o como miembro del Consorcio Miel o a nombre del Consorcio Miel”; (ii) declara que “no tiene interés para demandar a la Contratante o Propietaria por cualquier causa relacionada con la celebración o ejecución del Contrato MI-100, por cuanto no tiene nada que reclamar”; y (iii) confiere poder a dos personas, incluyendo al suscrito, para comparecer en su nombre en el presente arbitraje, “en la medida en que los apoderados lo consideren necesario para efectos de cumplir con los requisitos procesales que fueren del caso”. Prueba C 15, cuaderno RCE1, escritos del demandante.

⁹¹“ARTICULO 149. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados.

Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.” (Artículo 30 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998).

“ARTICULO 150. INTERVENCION DE TERCEROS. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención.” (Artículo 127 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 30A del Decreto 2279 de 1989).

tácita o expresa, en el evento de que se ejecute un contrato contentivo de cláusula compromisoria que no fue suscrita por alguna o por ninguna de las partes⁹².

iv) Sostuvo la recurrente que la modificación de la cláusula compromisoria convenida el 6 de julio de 2004, no vinculaba a la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., dado que ésta, además de que no formaba parte del contrato MI 100, tampoco concurrió a la suscripción de la misma, es decir, tenía la calidad de tercero en el proceso arbitral.

Frente a este argumento y en concordancia con lo que ya se ha expuesto, habría que señalar que, de conformidad con la tesis de la recurrente, el representante del Consorcio Miel suscribió la modificación de la cláusula en nombre y representación de dicho Consorcio y de sus miembros, entre los cuales no se encontraba Alstom Power Italia S.p.A., pero sí había suscrito la cláusula arbitral original que nunca fue modificada para la firma ABB Sae Sadelmi S.p.A., y, por tanto, como Alstom Power Italia S.p.A., recibió en bloque todos los negocios de energía de la mencionada firma, la cláusula compromisoria habría existido y pervivido en el mundo jurídico.

Todo lo anterior le permite concluir a la Sala que la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., sí otorgó su consentimiento en relación con la modificación de la cláusula compromisoria, no obstante, aún si se aceptase la tesis de la recurrente de que esta sociedad no habría concurrido a la suscripción del otrosí número 13 y no se hubiere vinculado a través de esta modificación, habría que concluir que sí lo hizo por la vía de la cláusula original, en virtud de la transmisión en bloque del negocio de generación de energía, el cual, como antes se analizó, también incluyó el contrato MI 100.

En efecto, desde el momento mismo en que se suscribió la primera cláusula compromisoria se expresó la voluntad de los miembros del Consorcio de acudir a un Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias derivadas del contrato MI-100, lo cual vincula a la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., excepto en lo referente al procedimiento previo fijado en la modificación para acudir al procedimiento arbitral.

Al respecto se observa que la modificación que el otrosí número 13 introdujo a la cláusula arbitral inicialmente suscrita, básicamente, se refiere a temas relativos al procedimiento previsto por las partes para acudir al arbitramento y que en momento alguno alteró la inequívoca decisión de las partes de someter los conflictos derivados de ese contrato a un Tribunal de Arbitramento regido por el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

⁹²También ha destacado la doctrina el hecho de que pueda existir un contrato contentivo de una cláusula compromisoria que no hubiere sido suscrita por alguna o por ninguna de las partes:

“Otro caso que es importante tener en cuenta y que se ha presentado en la práctica es el de la existencia de un contrato escrito, que incluye una cláusula compromisoria, que no fue suscrito por alguna de las partes o por ninguna de ellas y que las partes ejecutan. En este caso podrían no estar presentes una oferta expresa y una aceptación de la misma índole pero sí una oferta y una aceptación tácitas y constituidas por la ejecución del contrato continente de la cláusula compromisoria”. Sanabria Gómez Arturo *“La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje, oferta y aceptación”* en *“El Contrato de Arbitraje”*, Eduardo Silva Romero, Director Académico, y Fabricio Mantilla Espinosa Coordinador Académico, Universidad del Rosario y Legis Editores S.A., Primera edición, Bogotá, 2005, pág. 162.

En esta ocasión se reitera que tales requisitos no tienen la virtualidad de condicionar el acceso a la justicia arbitral, toda vez que, como lo ha precisado la Sala de Sección, las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales; así lo ha señalado la Sala:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa⁹³, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P. C.

“Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

“La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral –cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal-, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieran convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes”.

“.....

“... en relación con el trámite previo a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, se advierte que de conformidad con lo pactado en la cláusula compromisoria, las partes previeron que antes de acudir a la justicia arbitral podían optar por resolver sus diferencias mediante arreglo directo; sin embargo, como ya se indicó, dicha posibilidad tenía carácter genérico y

⁹³ Tal como, por ejemplo, la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos.

abstracto, en la medida en que no se determinó cuál de los mecanismos de solución directa de conflictos sería el aplicable: si la conciliación, la amigable composición o la transacción; a esto se agrega que tales mecanismos se pactaron como optativos y no obligatorios, razones por las cuales dicha estipulación no contenía elementos vinculantes para las partes ni constituía requisito de procedibilidad para la convocatoria del tribunal arbitral.

“Pero es más, incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros, puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional”⁹⁴ (Se deja resaltado).

Concluye la Sala que, en este caso, el Consorcio contratista, a través de su representante, otorgó el consentimiento del Consorcio y de las sociedades que lo integraban, incluida Alstom Power Italia S.p.A., en virtud tanto de la cláusula compromisoria suscrita con el contrato MI-100, como de la modificación efectuada el 6 de julio de 2004.

4. El tipo de arbitramento adelantado.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 315 de 1996 regula lo concerniente al arbitraje internacional, que, aunque no contiene una definición sobre el mismo, establece aspectos importantes como los criterios para determinar cuándo un arbitraje puede ser calificado como internacional y la normativa aplicable a este tipo de arbitraje, entre otros.

Sin embargo, tanto la Jurisprudencia de esta Corporación⁹⁵ como la doctrina⁹⁶ han considerado que desde antes de la expedición de la Ley 315 de 1996, ya existía en Colombia regulación normativa que permitía el arbitraje internacional, de conformidad con la Ley 39 de 1990, mediante la cual se aprobó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

⁹⁴ Sentencia del 4 de diciembre de 2006; expediente número 32.871; actor: Consorcio LAR.

⁹⁵ “En la sentencia del 6 de febrero de 1998, (proceso No. 11.477), la sala afirmó que la ley sí permitía a la administración convenir el sometimiento de los conflictos que se presentaran a la amigable composición y al arbitramento internacional, conforme al decreto ley 2279 de 1989 y la Ley 39 de 1990, mediante la cual se aprobó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre arbitramento comercial internacional, el 10 de junio de 1958(…)” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 22 de 2004, Expediente 25261, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁹⁶ “Podemos clasificar las convenciones internacionales ratificadas por Colombia en tres tipos: en primer lugar, aquellas que regulan sea el arbitraje internacional o ciertos de sus aspectos, como la convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales; la Convención de Montevideo de 1979, realizada con el mismo objeto en el seno de la organización de Estados Americanos, y la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá de 1975.(…)” Salcedo Castro, Myriam. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Centro Editorial de Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p.197.

(Convención de Nueva York), adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre arbitramento comercial internacional el 10 de junio de 1958⁹⁷; en efecto, así se ha expresado la Sala:

*“Ahora bien: la ley 39 de 1.990, mediante la cual se aprobó la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958, también es aplicable frente al contrato estatal, dado que reconoce valor a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y ejecución **y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas**; no distingue la convención entre personas jurídicas de derecho público o de derecho privado; por ende, es aplicable a cualquier clase de persona jurídica, sin que sea dable excluir a las entidades estatales; el hecho de que la convención se refiera al arbitramento comercial no excluye de su aplicación a los contratos celebrados por el Estado, que también está en la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza, como quedó visto atrás.”*⁹⁸

Ahora bien, para poder calificar un arbitraje como internacional, se hace necesario establecer diferencias precisas entre los distintos tipos de arbitrajes, entre los cuales se encuentran: i) el nacional; ii) el extranjero y iii) el internacional.

i) El arbitraje nacional es aquel que se tramita bajo las reglas del ordenamiento jurídico de un Estado sin que concurren, bien sea partes o intereses extranjeros.

ii) El arbitraje extranjero es aquel que se tramita por fuera del territorio en el cual se pretende hacer valer el laudo. Para el caso colombiano, aquel que es realizado por fuera del territorio nacional⁹⁹.

iii) El arbitraje internacional resulta difícil de definir, ya que en ciertas ocasiones se confunde con el arbitraje extranjero¹⁰⁰. Sin embargo, la Ley 315 de 1996 resolvió este inconveniente en su artículo primero, toda vez que estableció los criterios que

⁹⁷“Colombia estuvo marginada por mucho tiempo de la comunidad mundial para incorporar al derecho nacional la convención expedida por las Naciones Unidas, en Nueva York en 1958, sobre la “eficacia de los laudos y sentencias proferidas en el extranjero”. Después de muchas presiones de la comunidad internacional, esta convención fue incorporada al sistema jurídico nacional inicialmente por medio de la Ley 37 de 1979, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. En 1990 se adopta definitivamente, es decir después de más de 33 años, cuando países mucho más atrasados que el nuestro como Nigeria, Ghana o India, habían firmado la convención en 1958 y adherido en 1964, 1962 y 1960 respectivamente.” Sanguino Sánchez, Jesús María. El Arbitraje Internacional. Revista Criterio Jurídico. Universidad Javeriana, Santiago de Cali, 2001, p.179.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 6 de 1998, Expediente 11477, CP. Daniel Suárez Hernández.

⁹⁹ “Arbitraje extranjero: el que no es doméstico, esto es, que se tramita por fuera del territorio nacional, sin importar si hay, o no, un vínculo con la ley nacional. Obedece pues a un criterio meramente geográfico: se realiza fuera del territorio colombiano, abstracción hecha de toda otra consideración. Como anota Monroy Cabra, el criterio diferenciador es que en el laudo extranjero sólo atiende al lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional (...)” Botero Sanclemente, Ana María y Correa Henao, Néstor Raúl. Arbitraje Internacional. Cámara de Comercio de Bogotá. Segunda Edición, Bogotá, p.25.

¹⁰⁰ “Cuando estamos frente a un elemento extranjero en dicha relación jurídica, la calificación del arbitraje determinará si éste es extranjero o internacional. Así las cosas, será considerado como extranjero simplemente aquel arbitraje cuya sede está ubicada fuera del territorio en el cual se pretende hacer valer el laudo.” Salcedo Castro, Myriam. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Centro Editorial de Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p.205.

determinan cuándo un arbitraje debe ser considerado internacional, los cuales se transcriben a continuación:

“ARTÍCULO 1o. CRITERIOS DETERMINANTES. Ser *internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:*

“1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.

“2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

“3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.[Este numeral fue declarado condicionalmente exequible¹⁰¹].

¹⁰¹ El numeral 3o. fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-347-97 de 23 de julio de 1997, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía. Se transcriben los siguientes apartes de la sentencia:

“Cuarta.- Interpretación del numeral 3º. del artículo 1º.

El actor ha interpretado el numeral 3, demandado, de una sola manera: las partes tienen su domicilio en Colombia, y en la controversia no existe, o no puede existir, un solo elemento extranjero. La Corte no comparte esta interpretación, por las siguientes razones.

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio.

Partiendo de esta interpretación, que es la acertada para la Corte, hay que concluir que es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia.

Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera.

Debe tenerse en cuenta, además, que el fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público.

Observa la Corte que el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequátur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento. Es lo que prevé el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la sentencia o el laudo extranjero 'Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.'

Finalmente, estima la Corte que el arbitramento internacional reglamentado por la ley 315 de 1996, no versa únicamente sobre asuntos comerciales. No, como la ley no establece limitación ninguna, al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción. No hay que olvidar que el arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Dispone el inciso cuarto del artículo 116:

'Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.'

“4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

“5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

“PARÁGRAFO. En el evento de que aún existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.”

De acuerdo con la normativa precitada, para que un arbitraje sea considerado internacional debe cumplir dos condiciones: **i)** que las partes lo hubieren pactado expresamente y **ii)** que además se cumpla con uno cualquiera de los cinco eventos previstos.

Esta disposición normativa ha sido objeto de diversos pronunciamientos doctrinarios y, en especial, se ha criticado la exigencia de que las mismas partes expresamente califiquen el arbitraje como internacional, toda vez que lo consideran en extremo formalista¹⁰². Asimismo ha sido criticada en tanto adoptó los criterios de calificación contenidos en la Ley Modelo de las Naciones Unidas¹⁰³, los cuales - consideran algunos doctrinantes - resultan muy frágiles para establecer cuándo un arbitraje puede ser considerado como internacional.

Como atrás se mencionó, tanto el contrato MI-100 de 1995 como la cláusula compromisoria y su modificación se suscribieron por una entidad del sector público colombiano y varias sociedades extranjeras, con lo cual se cumple con el primero

Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.”

¹⁰²*“En el caso colombiano, el artículo 1 de la ley 315 de 1996 señala que el arbitraje internacional si las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los cinco eventos allí señalados entre los cuales se considera el domicilio de las partes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones, la sede del arbitraje, cuando el litigio vincule los intereses de más de un Estado o afecte los intereses del comercio internacional.*

“En consecuencia, dicho artículo parece implicar dos condiciones: una, que el pacto arbitral lo califique como ‘arbitraje internacional’, y dos, que se dé al menos una de las cinco condiciones allí señaladas. Dicha disposición ha sido criticada en diferentes foros académicos puesto que el arbitraje por su naturaleza consensual no tiene carácter formalista y adicionalmente de la redacción misma del pacto así como de los criterios señalados por la ley, se puede deducir su carácter internacional. Salcedo Castro, Myriam. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Centro Editorial de Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p.205.

¹⁰³ *“Como es ampliamente conocido, la Ley Modelo data de 1985 y la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución 40/72 de diciembre 11 de tal año, [r]ecomendó que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.*

“(…)

“Se trata, entonces, de un estatuto de carácter universal, que es aceptable independientemente del sistema jurídico o económico en donde se emplee, tal como se confirma, sencillamente, con la lista de los países que han acogido sus postulado. Asimismo, aunque diseñada en el contexto del arbitraje internacional, la Ley Modelo bien puede ser empleada para los fines del arbitraje interno.” Gamboa Morales, Nicolás. Apuntes Sobre Arbitraje Internacional. Colección de Textos de Jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario, primera edición, 2006, p.51 a p.53.

de los criterios contemplados en la Ley 315 de 1996, como es el que tuviesen sus domicilios en Estados diferentes.

Adicionalmente, si bien esta Sala considera en exceso formalista la exigencia relativa a la calificación por las partes del arbitramento como internacional, se encuentra que en la modificación introducida en el otrosí número 13, en julio 6 de 2004, las partes así lo consignaron.

Se observa que en el acuerdo arbitral de las partes contenido en el Otrosí No. 13 de julio 6 de 2004, modificatorio de la cláusula compromisoria originalmente pactada en el Contrato MI-100, éstas acordaron expresamente el sometimiento de todas las controversias que se suscitaran entre ellas a un arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes del contrato MI-100 convinieron, además, que el arbitramento se adelantaría en la ciudad de Bogotá y que el derecho sustantivo sería el colombiano.

La Cámara de Comercio Internacional –CCI- es una entidad privada con sede en París, cuyo objetivo constituye la promoción mundial del comercio, cuenta con comités en diversos países¹⁰⁴ y 16 comisiones, una de las cuales se encarga de la promoción de los métodos alternos de solución de conflictos¹⁰⁵.

Se advierte que en virtud de las prescripciones contenidas en el artículo 2º de la Ley 315 de 1996, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad bien podían pactar un reglamento de arbitraje diferente al nacional, como en efecto lo hicieron, al acudir a un reglamento institucional. El siguiente es el texto de la mencionada norma legal:

“ARTÍCULO 2o. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero.”

El artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, mediante el cual modificó el artículo 13 de la

¹⁰⁴ En Colombia el comité de la CCI se conformó en el año 1961.

¹⁰⁵ “3. La Cámara de Comercio Internacional, entidad privada cuya sede es París, fue fundada en 1919 y verdaderamente hace honor a su denominación, como que cuenta en la actualidad con cerca de 7.500 entidades u organizaciones afiliadas, provenientes de más de 130 países.

“La CCI tiene como objetivo la promoción del comercio internacional a escala global, a cuyo efecto se han conformado cerca de 70 Comités Nacionales ^[105], que operan como enlaces con la Secretaría de la institución. A su turno, la CCI cuenta con 16 comisiones encargadas de temas tales como el comercio electrónico, el medio ambiente, aspectos energéticos, servicios financieros, transporte, etc.”^[105] Gamboa Morales Nicolás, “Apuntes sobre Arbitraje Internacional”, “Colección Textos de Jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, primera edición, enero de 2006. Pág. 55.

Ley 270 de 1996, prescribe que “*tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso*”, lo cual pareciera dar a entender que la posibilidad de acudir a un procedimiento institucional se encuentra reservada únicamente para los particulares y no para las entidades estatales. La Sala no abordará esta discusión, toda vez que esta última norma no resulta aplicable al procedimiento que ahora se cuestiona en sede del presente recurso extraordinario de anulación, en tanto la suscripción de la cláusula compromisoria fue anterior a su expedición.

En relación con la sede¹⁰⁶ del Arbitraje, como se mencionó, fue acordado por las partes que éste se adelantaría en la ciudad de Bogotá, por lo cual se advierte que precisamente por esa razón no se está en presencia de un arbitramento extranjero, toda vez que el que se examina se adelantó dentro del territorio colombiano y, además, se hace exigible dentro del mismo territorio.

5. La procedencia del recurso en el caso concreto y la competencia de la Sala para conocerlo.

Se resalta en este punto que tanto en la cláusula compromisoria inicialmente suscrita como en su posterior modificación, se dejó consignado que el laudo proferido tendría “*carácter final, definitivo e inapelable*”, lo que, en principio, parecería sugerir que carece de recurso alguno.

No obstante lo anterior, según lo entiende la Sala, en lo cual coincide la doctrina especializada, el carácter “*final, definitivo e inapelable*” hace referencia al hecho de que el fondo del litigio se resuelva de manera definitiva, es decir, que el mismo no sea objeto de apelación o de revisión posterior y, por regla general, sólo cabe contra la decisión que resuelve el litigio el recurso de anulación sobre aspectos meramente formales o procedimentales¹⁰⁷.

En principio se podría asumir que el haber convenido las partes que el laudo sería final, definitivo e inapelable implicaba una renuncia a interponer al recurso de anulación, en los términos del artículo 28 del reglamento de la C.C.I., según el cual:

¹⁰⁶“*Aunque la sede de la Cámara de Comercio Internacional, es decir, de su secretariado permanente y, por ende, de la Corte Internacional de Arbitraje y su secretaría, se encuentra en París, los arbitrajes de la CCI no necesariamente se llevan a cabo en esa ciudad. El arbitraje de la CCI puede conducirse en el lugar que escojan las partes, sin que el reglamento de la CCI imponga restricciones en cuanto a la nacionalidad de los árbitros o al derecho aplicable.*”¹⁰⁶.” Mantilla Serrano Fernando, “*La Corte Internacional de Arbitraje de la CCC*” en “*El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales*”, Cámara de Comercio de Bogotá – XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, Cali, Noviembre de 1994, Santafé de Bogotá, agosto de 1995, Editorial Linotipia Bolívar y Cía. Septiembre de 1995, Bogotá, Pág. 48.

¹⁰⁷“*La cuestión de si el laudo ‘final’ es controvertida. El carácter final se refiere al hecho de que el asunto que es objeto de decisión sea separable e independiente y que la decisión resuelva de manera definitiva ese asunto, esto es, que el tribunal no tenga la posibilidad de retomar la discusión del tema*”. “*Arbitraje Internacional*” – “*Tensiones Actuales*” –Fernando Mantilla – Serrano– Coordinador -. Comité Colombiano de Arbitraje – Legis Bogotá julio de 2007. P. 173.

“*[E]l laudo proferido en el marco de un arbitraje internacional es definitivo: no cabe apelación o revisión. Sólo procede contra éste recurso de anulación, en el que se analizan aspectos formales y no el fondo del litigio*”. Botero Sanclemente Ana María y Correa Henao Néstor Raúl. “*Arbitraje Internacional*”, Segunda Edición ,Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2004. Pág. 39.

“Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”(Negrillas añadidas).

Como se observa, el Reglamento condiciona la renuncia a recurrir el laudo arbitral a la validez jurídica que esa posibilidad pueda tener en el lugar en el cual los recursos hayan de interponerse, lo cual, en el caso colombiano, para ese momento no resultaba procedente, toda vez que la ley no regulaba esa opción y consagraba la posibilidad de interponer, si a bien lo tenía la parte interesada, el recurso de anulación, a diferencia de lo que hoy se consagra en el nuevo Estatuto Arbitral¹⁰⁸, cuyas disposiciones, se insiste, no le son aplicables al caso que se estudia.

Así pues, si bien en algunos países se encuentra contemplada la posibilidad de renunciar a interponer el recurso de anulación¹⁰⁹ y actualmente en Colombia, con restricciones, no obstante, para esa época, esta opción carecía de regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano¹¹⁰.

¹⁰⁸**LEY 1563 DE 2012. Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral.**

(...).

Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección.”

¹⁰⁹ “[L]a Convención [De Nueva York] también se aplica si las partes, por acuerdo, renuncian al recurso de anulación (lo que es posible en muy pocos países como Bélgica, Suecia y Suiza). JAN VAN DEN BERG Albert, “La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a Laudos No Nacionales”, en “El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario”, Universidad del Rosario, Facultad de Derecho U.B.A., Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2008, Pág. 117.

¹¹⁰*La renuncia a la interposición de recursos en contra del laudo, o el acuerdo mediante el cual se considera que la decisión del tribunal arbitral será final e irreductible, puede asumir dos formas: expresa o tácita.*

La renuncia será expresa cuando existe una manifestación en tal sentido incluida explícitamente en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral. Tal requisito es exigido tanto en la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado como en la legislación arbitral belga de 1998.

Por otro lado, la renuncia también puede tener lugar tácitamente, cuando las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, adopta el reglamento de alguna de las principales instituciones arbitrales internacionales que prevé específicamente dicha renuncia. Así, el reglamento de la CCI establece:

“Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”¹¹⁰.

En consecuencia, la elección de la vía arbitral realizada bajo el Reglamento de la CCI implica implícitamente, en principio, la exclusión de todo recurso judicial contra el laudo ante los jueces del país de origen¹¹⁰. Sin embargo, la dimensión o el alcance de dicha renuncia estará determinada por la normativa de dicho país aplicable a los arbitrajes internacionales.

(...).

La extensión y validez de estas renunciaciones deben analizarse desde la perspectiva del derecho nacional aplicable a los arbitrajes internacionales (...).” (Negrillas añadidas). Soto Coaguila Carlos Alberto, “Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral”, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez-Colección de Estudios, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011. Pág. 239 a 241.

Adicionalmente a las razones que se dejan vistas, ha de señalarse que una renuncia previa a interponer el recurso de anulación podría ser contraria al orden público internacional¹¹¹ en la medida en que podría resultar violatoria del debido proceso, en aquellos eventos en los cuales el laudo arbitral lo vulnerare y la parte afectada no llegare a tener oportunidad de defenderse.

Al lado de lo anterior, se encuentra que, si bien las partes del contrato MI-100 válidamente acudieron al reglamento de la CCI para adelantar el procedimiento arbitral, tal reglamento nada dispone acerca del recurso de anulación, por lo que ratificará en esta ocasión la Sala lo dicho por la Corporación en oportunidad anterior, en el sentido de que se debe acudir en estos casos a la *lex fori* en relación con el juez competente y las causales. En efecto, así se pronunció la Jurisprudencia de esta Sección cuando discurrió de la manera que sigue:

*“[L]a Convención de Nueva York, adoptada por la ley 39 de 1990,¹¹² señala en el artículo V, que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero, cuando se pruebe ante la autoridad competente (la del exequátur) “que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país, en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia” (art. V.1 e), lo cual significa que el laudo arbitral internacional sí puede ser objeto de suspensión o anulación, pero sólo i) por la autoridad competente del país donde éste fue dictado, o ii) por aquella conforme a cuya legislación procesal fue proferida la decisión”.*¹¹³

También esta providencia expresó que *“la definición de la sede del arbitraje, efectuada por las partes en el pacto, no es un asunto accidental ya que determina, entre otros aspectos, la interacción de las cortes del lugar con el tribunal, en particular, en cuanto a la posibilidad de anulación del laudo arbitral, de acuerdo*

¹¹¹ *“La libertad de las partes en cuanto a la elección del procedimiento arbitral tiene dos límites fundamentales. En primer lugar (...) las partes no podrían derogar las normas procedimentales de orden público del Estado sede del arbitraje (...)¹¹¹. Resulta esencial aclarar aquí que esas normas de orden público no deben buscarse en los códigos de Procedimiento Civil (...) sino en las leyes especiales de los países, particularmente consignadas a regir el tema arbitral comercial internacional. (...).*

“(...) El segundo límite es el llamado orden público realmente internacional [que] reuniría los principios fundamentales comunes a una multitud de derechos nacionales y provendría de la comunidad internacional.

“En el procedimiento arbitral, los contenidos de las normas de orden público y de orden público internacional, según nuestro juicio, coinciden plenamente.

“En otras palabras, el principio del debido proceso pertenece al orden público internacional y su reconocimiento en derecho positivo se hace a través de normas de orden público”. Salcedo Castro, Myriam, “El Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración. Estudio de Derecho Comparado Francés y Colombiano”, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, Págs. 207 y ss.

¹¹² *“Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la conferencia de las Naciones Unidas sobre arbitramento comercial internacional el 10 de junio de 1958”.*

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia de abril 22 de 2004, Expediente 25261, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

con las causales y el procedimiento de su legislación.¹¹⁴¹¹⁵, lo cual también ha sido reconocido por un importante sector de la doctrina¹¹⁶.

En la citada providencia se llegó a la conclusión de que el laudo podía ser objeto de anulación “por la autoridad competente del país donde éste fue dictado”, con base en los contenidos de la Convención de Nueva York, la cual, como se menciona en la providencia, se adoptó por Colombia mediante la Ley 39 de 1990¹¹⁷.

¹¹⁴ En ese sentido, arts. 6 y 34 (2)(b) de la ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia de abril 22 de 2004, Expediente 25261, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹⁶ “[L]a sede del arbitraje determina el juez competente para conocer de todo recurso de nulidad contra el laudo arbitral. En otras palabras, de conformidad con la Convención de Nueva York arriba mencionada, el juez competente para conocer de todo recurso de nulidad contra un laudo arbitral que resulta de un arbitraje comercial internacional es el juez de la sede del arbitraje.” (...).Salcedo Castro, Myriam, “El Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración. Estudio de Derecho Comparado Francés y Colombiano”, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, Pág. 207.

“[L]a fijación de la sede del arbitraje determina i) el lugar en el que el laudo arbitral deberá considerarse dictado y, por ende, ii) el juez competente para conocer del recurso de nulidad que pueda intentarse contra dicho laudo. En cuanto al primero, el artículo 25 inciso 3 del Reglamento [se refiere al reglamento de la C.C.I.] prevé que ‘3 el Laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje (...)’. En lo relativo a lo segundo no parecería osado hoy día sostener que, en virtud de un principio del derecho internacional público consuetudinario, el juez del control de laudo arbitral internacional es aquel competente en el lugar en el que el laudo ha sido pronunciado, esto es, el juez competente en la sede del arbitraje. En nuestro entender, es en ese sentido que debe entenderse las referencias que en el artículo V de la Convención de New York de 1958 se hacen por ejemplo a ‘la ley del país en que se ha dictado el laudo’ y ‘la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.’” Silva Romero Eduardo, “Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje ‘internacional’”, en “El Contrato de Arbitraje”, Eduardo Silva Romero, Director Académico, y Fabricio Mantilla Espinosa Coordinador Académico, Universidad del Rosario y Legis Editores S.A., Primera edición, Bogotá, 2005, pág. 43-47.

“De todas maneras, el hecho de escoger un territorio determinado no es neutro y puede tener consecuencias. Son éstas las que conviene analizar. Ellas son cuatro, y muestran su utilidad de escoger la sede del arbitraje.

“(...

“Tercera consecuencia: el hecho de efectuar un recurso en anulación. De la misma manera que lo prevé el derecho francés, numerosas legislaciones prevén que la sede del tribunal arbitral que ha proferido el laudo es el lugar en el cual debe ser intentado el recurso de anulación (art. 1504 NCPC). (...).

“El derecho comparado permite darse cuenta que existe cierta homogeneidad en la solución consagrada en Francia. El criterio de la sede del tribunal arbitral para determinar el órgano estatal competente ante el cual será adelantado el recurso de anulación de un laudo ha sido de manera amplia admitido en los sistemas jurídicos modernos: que se trate del derecho holandés, del derecho belga, del derecho suizo, del derecho español, del derecho sueco... la solución en todas partes es la misma¹¹⁶.” Clay Thomas, “La importancia de la sede de arbitraje en el arbitraje internacional ¿es todavía relevante?” en “Arbitraje Internacional – Tensiones Actuales”, Comité Colombiano de Arbitraje –Fernando Mantilla-Serrano Coordinador-, Legis, Bogotá, 2007, pág. 194 a 199.

“(...) todo laudo dictado dentro de su territorio, aun aquellos dictados en materia internacional (...), debería reconocerse y ejecutarse como si se tratara de una sentencia judicial definitiva, es decir, sin que para ello medie exequátur^(...). El control judicial de estos laudos se ejerce entonces a través de la acción o recurso de nulidad previsto por la ley de arbitraje.”. Mantilla-Serrano Fernando, “Laudo No Nacional - La Segunda Hipótesis del Artículo 1.1.”, en El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario”, Universidad del Rosario, Facultad de Derecho U.B.A., Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2008, Pág. 108.

¹¹⁷ “A partir de la Segunda Guerra Mundial, el gran incremento del comercio internacional hizo que la Cámara de Comercio Internacional promoviera y presentara ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) un proyecto de convención internacional sobre la ejecución de sentencias arbitrales internacionales en 1953, que se adoptó en Nueva York el 10 de junio de 1958 como Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En relación con tal aspecto ha de decirse que, si bien la Convención de Nueva York se refiere al reconocimiento y a la ejecución de laudos extranjeros, también resulta aplicable a aquellos laudos considerados como laudos “no nacionales” en el país en el cual el laudo se va a ejecutar¹¹⁸. El siguiente es el texto del artículo 1.1. de la Convención de Nueva York:

“1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución.”

Como antes se mencionó, la sentencia arbitral que ahora se discute ante esta Corporación, de conformidad con las prescripciones de la Ley 315 de 1996, no se considera como nacional en Colombia, no obstante, el procedimiento arbitral se adelantó en Bogotá y de conformidad con el artículo 25 numeral 3 del reglamento de la C.C.I., “el Laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje (...)”; así pues, le cobija la Convención de Nueva York en la segunda parte de su artículo 1.

La Convención de Nueva York contiene una referencia subsidiaria al derecho del país sede del arbitraje, como se puede leer en su artículo V,1,a, el cual dispuso la primacía de la autonomía de la voluntad en relación con la normativa aplicable al procedimiento arbitral y la aplicación de la ley del país del foro ante su ausencia¹¹⁹. En el mencionado artículo se dispone lo siguiente:

“1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual fue invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que pide el reconocimiento y la ejecución:

*a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o **que dicho***

“Dicha convención, que entró en vigor el 7 de junio de 1959, ha sido ratificada hasta el momento por 130 países e incorporada a nuestro ordenamiento por medio de la Ley 39 de 1990. El éxito de la Convención de Nueva York es considerable y el número de países signatarios muestra la vocación universal que sus promotores anhelaban (...). Salcedo Castro, Myriam, “El Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración. Estudio de Derecho Comparado Francés y Colombiano”, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, Pág. 198.

¹¹⁸ “(...) Así, todo laudo dictado fuera del territorio del Estado donde se pide su ejecución o reconocimiento se beneficiará con la Convención (independientemente de que este laudo haya sido dictado dentro del marco de un arbitraje interno o internacional ¹¹⁸20). Además, aunque el laudo se haya dictado en el territorio de ese Estado y, por lo tanto, según el criterio ‘territorial’, esté excluido de la Convención, ésta le será aplicable si dicho Estado lo considera ‘no nacional’ o, lo que equivale a lo mismo, lo asimila a un laudo ‘extranjero’.” Mantilla-Serrano, Fernando, “Laudo no Nacional La Segunda Hipótesis del artículo 1.1.” en “El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario”, Universidad del Rosario, Facultad de Derecho U.B.A., Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2008, Pág. 104.

¹¹⁹ “El problema, tanto en lo material como en lo procesal, fue **claramente solucionado en la Convención de Nueva York, artículo quinto, en la que se dispuso que prima la autonomía de la voluntad, de suerte que las partes son en principio libres de escoger la ley que regulará todo lo relacionado con el arbitraje**. Y, en ausencia de escogencia de ley por las partes, esto es, en forma supletoria, se aplica la ley del foro arbitral. Por tanto, es posible, por ejemplo, que las partes escojan una ley para la materia de la controversia y otra ley diferente para el procedimiento.” Botero Sanclemente Ana María y Correa Henao Néstor Raúl. “Arbitraje Internacional”, Segunda Edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2004. Pág. 34.

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 del país en que se haya dictado la sentencia; o (...).”(Negrillas añadidas).

Considera por todo lo anterior la Sala que si bien las partes escogieron para efectos del procedimiento arbitral las reglas de la CCI., éstas nada disponen acerca del recurso de anulación, por lo cual, esta Corporación es competente para conocer del mismo de conformidad con las reglas colombianas, según las cuales, la validez del pacto se puede discutir en sede de tal recurso.

Igualmente, cabe reiterar que la Corporación es competente para conocer del caso, por cuanto, a pesar de que el contrato MI-100 se rige por las normas del Derecho Privado, al conflicto se encuentra vinculada una entidad estatal.

Así pues, para efectos de realizar el análisis de competencia y de pertinencia de las causales de anulación invocadas, corresponde reiterar que en el presente caso la convocada ISAGEN S.A. E.S.P., es una entidad pública¹²⁰, con lo cual se cumplen los requisitos previstos por el artículo 82 del C.C.A. -modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006-, por el numeral 5º del artículo 128 del C.C.A. -modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998- y por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, para que esta Corporación conozca, en única instancia, de los recursos de anulación interpuestos.

La Sala precisa que se examinará el recurso de conformidad con las causales contenidas en el Decreto 1818 de 1998¹²¹, único recurso de anulación previsto para la época¹²², dado que la Ley 315 de 1996 no hace referencia alguna al

¹²⁰ Para la fecha de suscripción del contrato –abril 24 de 1995- Hidroeléctrica la Miel S.A., era una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía de Colombia, con participación accionaria estatal superior al 50%, constituida como entidad descentralizada indirecta. En abril de 2002 transformó su naturaleza jurídica a Empresa de Servicios Públicos Mixta.

ISAGEN, entidad demandada en este proceso como sucesora del Contrato, tiene el carácter de Empresa de Servicios Públicos Mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que resultó de la escisión de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. –ISA-, autorizada por el artículo 167 de la Ley 142 de 1994.

¹²¹ “[L]os jueces colombianos competentes estarían legitimados para anular un laudo internacional si la sede del arbitraje fuera en Colombia, o en el caso de que las normas con base en las cuales se dictara el laudo fueran las colombianas. En ese supuesto, dicha anulación debería realizarse de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1818 de 1998.”(...). Castro Salcedo Myriam, “El Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración. Estudio de Derecho Comparado Francés y Colombiano”, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, Pág. 224.

¹²² La Ley 1563 de 2012 consagró el recurso de anulación para laudos internacionales, como también las respectivas causales, así:

“Artículo 108. 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:

- 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 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

respecto y si bien se reconoce que el tema no es pacífico¹²³, se acogen las mencionadas causales, en primer lugar, en aplicación de la *lex fori* y, en segundo lugar, en razón de la taxatividad de las causales respecto de éste y de los recursos en general, por lo que acoger criterios diferentes, por vía de interpretación, podría resultar violatorio del debido proceso de las partes.

Ahora bien, se reitera que, como antes se advirtió, cada una de las causales alegadas en esta oportunidad, en cuanto corresponda a las actuaciones del Tribunal de Arbitramento, se examinará a la luz de las reglas de procedimiento de la CCI, con las cuales se adelantó el procedimiento arbitral y se expidió el respectivo laudo, el cual en su artículo 15 dispone:

“Reglas aplicables al procedimiento

1. *El procedimiento ante el tribunal arbitral se rige por el presente Reglamento y, en los supuestos de silencio de este último, por las reglas que las partes, o en su defecto el tribunal arbitral determinen, tanto si se refiere o no a una ley nacional de procedimiento aplicable al arbitraje.*

2. *En todos los casos, el tribunal arbitral ha de aplicar el procedimiento de manera equitativa e imparcial y velando porque cada parte se le haya dado la posibilidad de ser suficientemente oída”.*

Como consta en el expediente¹²⁴, en este caso el procedimiento a seguir quedó fijado en el Acta de Misión suscrita el 2 de noviembre de 2005, en la que se determinó que las normas aplicables serían las previstas en el artículo que viene de citarse. En cuanto al calendario procesal, se indicó que sería el establecido por el Tribunal Arbitral en la Orden Procesal No. 1, sin perjuicio de que éste pudiera ser modificado en cualquier momento por el Tribunal para adaptarlo al desarrollo del procedimiento.

Así mismo, en el Acta de Misión se determinó que *“Si durante el desarrollo del procedimiento alguna de las partes advirtiera que se está violando su derecho a un proceso justo y equitativo o a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, deberá ponerlo en conocimiento del Tribunal Arbitral tan pronto como le sea posible, entendiéndose que, si no lo hace, renuncia a su posterior alegación”.*

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.”

¹²³ El tema de las causales de anulación constituye motivo de diversas posturas, una de las cuales hace referencia a que éstas deben coincidir con las contenidas en la Convención de Nueva York respecto de la denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales. Se destaca:

“La Ley Modelo, y en general las leyes modernas de arbitraje, han establecido los principios básicos en materia de control de laudos arbitrales obtenidos dentro del territorio del país que se sirve de sede arbitral, a saber: (i) la petición de nulidad como único recurso para impugnar el laudo, y (ii) el establecimiento de causales específicas y taxativas de nulidad, cuya enumeración coincide con aquella contenida en la Convención de Nueva York para la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales”. Conejero Roos Cristian y otros, *“El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial”*. Ed. Cuatrecasas, Goncalves Pereira, Legis, 1999, Pág. 82.

¹²⁴Ver acta de misión y órdenes procesales que se encuentran en el cuaderno denominado con el mismo nombre.

Finalmente, se advierte que este laudo no requiere de *exequátur* para su reconocimiento y ejecución, por cuanto resulta ejecutable después de que se haya notificado la presente sentencia¹²⁵, dado que “[l]a Convención, cuyo fin es facilitar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, proscribe el que una misma jurisdicción permita, sobre un mismo laudo, la acción o recurso de nulidad y también la homologación para su reconocimiento o ejecución”¹²⁶.

6. Presupuestos de las causales de anulación invocadas.

Tal como ha sostenido esta Corporación, el recurso de anulación se funda sobre el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral por la existencia de vicios de procedimiento (*in procedendo*) en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y de manera excepcional por vicios de fondo (*in iudicando*). Sobre este tema ha expresado la Jurisprudencia de la Sala de Sección¹²⁷:

“(…) El control excepcional del laudo por errores in iudicando aparece sólo en los eventos en que el legislador faculta al juez del recurso de anulación para que se pronuncie sobre el fondo o materia del asunto, como cuando se dan los supuestos para modificar el laudo a través de la corrección y/o la adición. En cambio, cuando se trata del control del laudo por errores de procedimiento el legislador sólo le da competencia al juez para anular la decisión arbitral, sacándola del ordenamiento jurídico; en tales eventos no tiene competencia para pronunciarse sobre los puntos sometidos por las partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (…).”

La diferencia entre los errores de procedimiento y los errores sustanciales es muy importante para limitar las funciones del Consejo de Estado, en relación con su competencia para examinar el recurso extraordinario de nulidad de los laudos arbitrales; al respecto resulta ilustrativa la sentencia 17.704 proferida el 17 de agosto del año 2000 en la que se razonó de la manera que sigue:

“(…) tradicionalmente se han llamado errores in procedendo aquellos que comprometen la forma de los actos, su estructura externa, su modelo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con este apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de su derecho.”

“Y por error in iudicando, aquel que toca con el contenido intrínseco del fallo, o sea con su fondo, por aplicación de una ley inaplicable, aplicar mal la ley aplicable, o no aplicar la ley aplicable. También puede consistir “en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo”, cuya

¹²⁵ Consagra el nuevo estatuto arbitral, contenido en la Ley 1563 de 2012 que los laudos dictados dentro del territorio nacional no requieren de *exequátur*.

¹²⁶ Mantilla-Serrano, Fernando, “*Laudos no Nacionales La Segunda Hipótesis del artículo 1.1.*” en “*El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario*”, Universidad del Rosario, Facultad de Derecho U.B.A., Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2008, Pág. 109.

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25.156, CP María Elena Giraldo Gómez.

consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia.”¹²⁸

Acudirá entonces la Sala al examen del recurso con fundamento en las causales previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que son las siguientes:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

“2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

...

“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

“5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

“7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

“8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

“9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

Ahora bien, conviene precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998, así como en los términos del artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 –modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que su presentación sea oportuna; b) que se haga por escrito ante el respectivo Tribunal de Arbitramento; c) que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d) so pena de que el recurso sea declarado desierto, que las causales sean sustentadas.

Efectuadas tales precisiones, la Sala procede a estudiar y a resolver el recurso extraordinario de anulación respecto de las causales invocadas y sustentadas por el recurrente.

7. Las causales alegadas.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 17 de 2000, Expediente 17.704, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

7.1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo –Art. 163 [1].

7.1.1. Consideraciones acerca de la causal.

Previo al análisis de cada una de las situaciones alegadas por el recurrente como constitutivas de nulidad absoluta y relativa del laudo, resulta pertinente efectuar las siguientes reflexiones:

A propósito de la posibilidad de obtener la anulación del laudo con fundamento en la nulidad del pacto arbitral, esta Sala ha expresado que las causales de nulidad se refieren al pacto arbitral; en efecto, así se ha pronunciado:

“[L]a nulidad del pacto arbitral deberá ser alegada de manera expresa por el recurrente con referencia a la causal autónoma que así la consagra en el numeral 1º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, norma cuya redacción quedó incorporada en el numeral 1º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 “Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

“Así las cosas, la invocación de dicha causal deberá hacerse con sujeción a los requisitos de procedibilidad establecidos por la norma en cita y sobre los cuales cabe reiterar que:

*‘Esta causal prescribe un trato diferencial respecto de las causales de nulidad del pacto arbitral provenientes de objeto y causa ilícita, en contraste con los demás motivos invalidantes de dicho pacto. Tal distinción se concreta en **que la posibilidad de alegar otros motivos o causas de nulidad absoluta en relación con el pacto arbitral, se encuentra condicionada a dos circunstancias: i) que hayan sido alegados en el proceso arbitral y ii) que no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo; exigencia que no cubre los eventos en los cuales la nulidad del pacto provenga de la ilicitud del objeto o de la causa.***¹²⁹ (Se resalta).’

“De igual forma, los supuestos en los cuales el recurrente funde esta causal deberán guardar correspondencia con el contenido y alcance de la misma, aspectos sobre los cuales la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:¹³⁰

*‘... no solo el objeto y la causa ilícita afectan la validez del pacto arbitral, sino cualquiera otra causal de nulidad que afecte tal contrato y que, por lo tanto, **cuando la causal primera del precitado artículo 163 se refiere a otros motivos de nulidad, en éstos deben entenderse incluidos todos los vicios que de manera absoluta afectan la validez del pacto arbitral o de la cláusula compromisoria, según sea el caso.***

¹²⁹ Original de la sentencia en cita: Sentencia del 27 de marzo de 2008. Expediente 33.644. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

¹³⁰ Original de la sentencia en cita: Sentencia del 27 de marzo de 2008. Expediente 33.644. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

‘Por manera que la causal primera de anulación no da lugar a ser interpretada, como lo pretende el recurrente, en el sentido de que cuando allí se alude a ‘los demás motivos de nulidad absoluta o relativa’, éstos deben predicarse, en general, del trámite arbitral al punto de poder esgrimir como tales la falta de jurisdicción y de competencia del juez arbitral, toda vez que, se reitera, cuando la norma se refiere a otros motivos de nulidad, éstos se encuentran circunscritos al pacto arbitral. (Se resalta).’¹³¹

Asimismo, en reciente pronunciamiento de la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación se precisó que los presupuestos en los cuales se funda esta causal son de carácter sustantivo y *“por ende mal puede entenderse que en alguna parte del precepto se está permitiendo atacar el laudo por las nulidades procesales que enlista el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.”*¹³²

7.1.2. Los cargos alegados como sustento de la causal.

En el escrito contentivo del recurso de anulación se solicitó la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria por inexistencia de consentimiento del Consorcio Miel. Como sustento de la causal la entidad expresó que de conformidad con las prescripciones del artículo 898 [2] del Código de Comercio *“ante la **ausencia de consentimiento**, el acto se torna inexistente, por no haber nacido al mundo del derecho. La mencionada sanción opera ipso iure, es decir, de pleno derecho, sin necesidad de una declaración judicial.”*

Afirmó además lo siguiente:

*“[E]n el proceso que culminó con el laudo arbitral cuya nulidad solicito, quedó fehacientemente comprobado que la cláusula compromisoria del contrato de obra celebrado entre el **Consorcio Miel e ISAGEN S.A. E.S.P.**, modificada por el otosí de 6 de julio de 2004, es absolutamente nula, dada la falta de consentimiento del Consorcio y la consecuente inexistencia del pacto arbitral.*

“(…).

“De otra parte, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado, como el de obra para la construcción del Proyecto Miel I, origen de este proceso ‘son absolutamente nulos por los casos previstos en el derecho común’. En efecto, tanto en el derecho francés, como en el patrio, legislación, doctrina y jurisprudencia, al unísono clasifican las nulidades de los negocios jurídicos en absolutas y relativas. De igual manera, hacen consistir la distinción entre unas y otras en que mientras la absoluta protege el interés colectivo, la segunda cuida el individual del sujeto de derecho, como particular.

“Motivos que tipifican la nulidad absoluta son, entre otros, el desacato o no cumplimiento de las exigencias ad solemnitatem para el surgimiento a la vida jurídica de los negocios que, por lo mismo, se llaman solemnes. Igualmente ocurre tal sanción, por ejemplo, cuando un incapaz absoluto celebra un

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 29 de 2009, Expediente 35.485. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de febrero de 2012, Expediente 41.471.

*negocio jurídico (artículo 1504 C.C.) o cuando alguien siendo capaz no da su consentimiento.*¹³³

También expresó que: **i)** la inexistencia del pacto arbitral conlleva la nulidad de todo el procedimiento del arbitramento y la ineficacia del laudo proferido; **ii)** después de citar los artículos 1741 y 1502 del Código Civil, afirmó que “*para que una persona pueda obligarse por un acto o declaración de voluntad, debe, entre otras cosas, ser legalmente capaz y prestar su consentimiento para la celebración del negocio, requisito sin el cual el mismo está viciado de nulidad absoluta*”; **iii)** expresó que el juez tiene la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del pacto arbitral y **iv)** sostuvo que “*la inexistencia de un negocio jurídico tiene idénticos efectos que los actos absolutamente nulos*”.

Adicionalmente sostuvo que era equivocada la tesis del Tribunal, en relación con la ratificación del pacto por parte de la sociedad Alstom Power Italia SPA, dado que “*si bien es cierto que dicha ratificación surte efectos entre dichas sociedades, la misma no es oponible a ISAGEN S.A. E.S.P., quien ostenta la calidad de tercero*”, además de que afirmó que “*se equivocó el Tribunal al considerar que Alstom Power se subrogó en los derechos de ABB Sae Sadelmi SPA, porque el contrato nunca fue cedido*”, dado que la entidad nunca otorgó la autorización.

Asimismo aseveró que el Tribunal erró al otorgarle valor jurídico a la transferencia del contrato entre las sociedades italianas, con base en ese ordenamiento jurídico, con lo cual desconoció que el Derecho aplicable era el colombiano.

Respecto de la nulidad absoluta y la nulidad relativa de la modificación de la cláusula compromisoria, la entidad recurrente reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los cuales se resumen a continuación.

7.1.3. Lo alegado en el curso del proceso arbitral.

En el escrito contentivo de la respuesta a la sustentación de la demanda¹³⁴, ISAGEN sostuvo que en el momento en el cual se suscribió el otrosí número 13, modificadorio de la cláusula compromisoria, uno de los miembros del consorcio contratista –ABB Sae Sadelmi S.p.A.- no existía, en virtud de lo cual, el consorcio no prestó su consentimiento, dado que de acuerdo con los términos del contrato celebrado y lo estipulado por la legislación colombiana el consentimiento es único e indivisible, por lo cual éste debía provenir del consorcio y no de cada uno de sus miembros; así pues, entendió la entidad pública demandada y reconviniente que el pacto arbitral no existió, por la ausencia de un presupuesto esencial para que éste se configurara.

También afirmó que debía declararse la nulidad del pacto arbitral por la existencia de un vicio en el consentimiento de la entidad pública, en razón del dolo con el cual actuó el consorcio contratista, al no informarle a ISAGEN acerca del cambio en su composición, como tampoco de la inexistencia de una de las sociedades, lo que permitió que la entidad incurriera en un error respecto de la persona del contratista.

Sostuvo ISAGEN que el error cometido tuvo el carácter de sustancial y vició su consentimiento, porque la entidad perdió respaldo patrimonial y, además, porque esa entidad no tenía intención de contratar con un tercero.

¹³³ Folios 352 a 354 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³⁴ Cuaderno RD D2 “*Documentos del Demandado – Objeción Jurisprudencial*”, fl. 38 y ss.

7.1.4. Lo decidido por el Tribunal sobre la inexistencia y la nulidad de la cláusula arbitral.

Sobre la inexistencia del pacto arbitral el Tribunal expresó lo siguiente:

“310. Como primera línea argumental, la Demandada alega que el Otrosí Modificadorio no. 13 simplemente es inexistente, porque una de las sociedades que intervinieron, como miembros del Consorcio, no existe.

“311. El argumento carece de todo mérito y debe rechazarse de plano.

“312. El Otrosí Modificadorio no. 13 es un contrato de novación, por el que se modifica un contrato preexistente. Reúne todos los elementos necesarios para su existencia: consentimiento, objeto y causa (tal como exige el art. 1502 C.c.). Ha habido consentimiento tanto de la Demandada como del Consorcio. Las sociedades que componían el Consorcio existían, tenían personalidad jurídica y estuvieron válidamente representadas en el otorgamiento. La Propietaria quería contratar con el Consorcio, y el Consorcio estaba constituido por las sociedades que intervinieron; hay declaración de voluntad y, por lo tanto, hay contrato.

“313. Lo que ha ocurrido es que para referirse a la sociedad italiana del grupo ABB, integrante del Consorcio, en el Otrosí no. 13 se ha utilizado su nombre histórico –ABB Sae Sadelmi S.p.A.- sin tener en cuenta que el ínterin se había producido una operación societaria de aportación no dineraria de establecimiento permanente y que como consecuencia de esta sucesión de empresa, Alstom Power Italia S.p.A. había quedado subrogada ex lege en la posición jurídica de la contratante original. Puede haber habido error en la persona, pero nunca inexistencia del negocio.”¹³⁵

Respecto del error alegado, como vicio del consentimiento, en el Laudo recurrido se expresó lo siguiente:

“316. La demandada carece de razón. Con quien quería contratar Isagen era con todos los integrantes del Consorcio que había participado en la construcción de la obra: con Constructora Norberto Odebrecht S/A, con Kvaerner Energy A.S. y con las filiales italiana y brasileña del grupo ABB/Alstom¹³⁶. Y, más concretamente, en el caso italiano, Isagen quería relacionarse con la sociedad italiana del grupo ABB/Alstom responsable de la ejecución y el cumplimiento del Contrato. Es decir, con la sociedad que incorporara la unidad empresarial ‘Generación de Energía’, especializada en la fabricación de equipo para la generación de electricidad. Que esa filial italiana fuese la histórica ABB Sae Sadelmi S.p.A. o que, como consecuencia, de una transmisión en bloque, hubiese pasado a denominarse Alstom Power Italia S.p.A., no puede haber sido un factor decisivo para que Isagen diera o denegara su consentimiento a la novación.

¹³⁵ Laudo Arbitral “Award 3”, fl. 80 y 81.

¹³⁶ Nota del original en cita: “En el año 2000 se produjo un acuerdo global entre el grupo ABB y el grupo Alstom, y como consecuencia de ello tanto la filial italiana como la brasilera pasaron a incorporar el nombre Alstom; la demandada era consciente de la incorporación de Alstom y no se opuso a ella, como se demuestra al haber firmado el Otrosí no. 5, por el que se incorporó el nombre ‘Alstom’ a la filial brasileña de ABB, y el Otrosí no 9 por el que dicha filial fue absorbida por Alstom Brasil Ltda. (cfr. Para. 232 y ss. supra).”

“317. Piénsese además que la novación es puramente de carácter instrumental y jurídico. El núcleo duro de la cláusula arbitral original permaneció inalterado; arbitraje CCI, sede Bogotá, derecho colombiano. Las modificaciones introducidas (tres árbitros, requisitos del Presidente del Tribunal Arbitral, ley aplicable, idioma) tienen una trascendencia menor. No resulta convincente el argumento de la Demandada, de que únicamente hubiera consentido a estas modificaciones en las característica ancilares del arbitraje si una de las sociedades que componía el Consorcio Miel era ABB Sae Sadelmi S.p.A. y si no lo era Alstom Power Italia S.p.A.”¹³⁷

En relación con la ocurrencia, o no, del dolo, como vicio del consentimiento, el Tribunal afirmó lo siguiente:

“La carga de la prueba del dolo incumbe a quien lo alega, y la Demandada no ha aportado indicio alguno que sustente su alegación. Es más, los hechos probados desmienten que la conducta del Consorcio pueda ser calificada como dolosa. Cuando se formalizó el Otrosí no. 13 y la novación de la cláusula arbitral, la ejecución del Contrato ya había terminado, quedando únicamente pendientes de resolver las reclamaciones de los consorciados contra la Propietaria y las de la Propietaria contra ellos. No se ve cuáles pudieran haber sido las causas que impulsaran al Consorcio a ocultar maliciosamente que en Italia se había producido una sucesión de empresa, y que la unidad empresarial “Generación de Energía” ahora estaba encuadrada a otra empresa italiana del grupo. Además, fue el Consorcio el que reveló a Isagen que se había producido la sucesión entre ABB Sae Sadelmi S.p.A. y Alstom Power Italia S.p.A. y el que quiso resolver la situación, cediendo la posición a la filial brasileña del grupo, Alstom Brasil Ltda. - conducta que mal se compagina con una imputación de dolo.”¹³⁸

7.1.5. Consideraciones de la Sala en el caso concreto.

i) La inexistencia alegada.

Según se aprecia en el recuento acabado de hacer, la entidad pública demandada y reconviniente alegó la inexistencia de la cláusula compromisoria con fundamento en lo que consideró como ausencia de consentimiento del consorcio contratista para suscribir el otrosí modificadorio de la cláusula trigésima tercera del contrato MI-100, en razón de que para esa época la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., no existía.

Si bien la Sala ya se pronunció respecto de la existencia de la cláusula compromisoria, como presupuesto para conocer del presente recurso, no puede dejar de advertir que la inexistencia no puede tener cabida dentro de esta primera causal, toda vez que la misma alude a la nulidad absoluta del pacto arbitral, cuya declaratoria necesariamente presupone la existencia del mismo, por lo cual no se puede compartir lo afirmado en el recurso acerca de que *“la inexistencia de un negocio jurídico tiene idénticos efectos que los actos absolutamente nulos”*, según pasa a explicarse.

¹³⁷ Laudo Arbitral “Award 3”, fl. 81 y 82.

¹³⁸ Laudo Arbitral “Award 3”, fl. 82.

Como han puesto de presente tanto la jurisprudencia¹³⁹ como autorizados sectores de la doctrina¹⁴⁰, la nulidad necesariamente supone la existencia previa

¹³⁹Si bien la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha cuestionado por razones de índole procesal, la utilidad práctica de la distinción entre *inexistencia* y *nulidad*, lo cierto es que ha reconocido sin ambages la diferencia conceptual que separa a tales figuras, tal como lo refleja la Sentencia fechada en mayo 3 de 1984 en la cual, con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, entre otras cuestiones de importancia, se puntualizó:

“... en verdad que, como al unísono lo pregonan doctrinantes y jurisprudencias, la nulidad y la inexistencia son conceptos jurídicos diferentes”.

¹⁴⁰El tratadista Luis Claro Solar al comentar los textos del Código Civil Chileno, que en lo pertinente resultan iguales a los del Código Civil Colombiano puesto que es sabido que aquél constituyó la guía y modelo para la adopción de nuestro estatuto civil, en su obra *“EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO, Volumen VI, De las Obligaciones”*, edición publicada conjuntamente por Editorial Temis S.A., y Editorial Jurídica de Chile, entre muchas cuestiones significativas sobre la materia, sostiene:

“1913.- ... EL Código ha sabido distinguir la inexistencia del acto o contrato, por falta de algún requisito exigido por la ley para su perfeccionamiento, de la nulidad del acto o contrato por la falta de algún requisito prescrito por la ley para el valor del mismo acto o contrato; y por eso al referirse a los requisitos necesarios para el valor del acto o contrato da por establecido que el acto o contrato existe.

“Esta distinción entre la inexistencia y la invalidez o nulidad aparece de manifiesto en muchos artículos del Código. (...)”.

“.....”

“Los requisitos que la ley prescribe para el valor de un acto o contrato no son los necesarios para que el acto exista según su especie, sino condiciones que deben concurrir en el acto o contrato para darle el valor que como tal debe tener. (...)”.

“.....”

“1914.- Hay pues, diferencia esencial entre actos y contratos existentes y viciados de nulidad y actos o contratos que no han adquirido existencia. El Código distingue estas dos clases de actos o contratos; y en las disposiciones en que se refiere, ya a unos, ya a otros, dicta distintamente diversas reglas que corresponden ya a aquéllos, ya a éstos. No ha establecido en parte alguna que acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente sean la misma cosa Precisamente en las frases a que se alude [se refiere a diversas frases del Código Civil que previamente ha citado en su disertación] a algunas de las cuales hemos hecho antes referencia, se contemplan casos en que el acto o contrato es inexistente, no alcanza a perfeccionarse y por lo mismo no se califica de nulo, ni puede calificarse de tal por lo mismo que no existe. (...)”.

También el profesor de la Universidad de Roma, Emilio Betti, en su libro *“TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO”*, tercera edición, traducción de A. Martín Pérez, publicado por Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1983, se refiere a la diferencia conceptual entre la inexistencia y la nulidad en los siguientes términos:

“... hemos de aclarar ahora la distinción entre nulidad e inexistencia del negocio. También esta división, aunque ha sido objeto de críticas, es conceptualmente legítima. Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo. (...)”.

A su turno, los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en su obra *“Teoría general del contrato y del negocio jurídico”*, publicada por Editorial Temis en el año 2000, sexta edición, Bogotá, D. C., al referirse a la materia mencionada señalan, entre otros aspectos:

“... Al relacionar las condiciones para la existencia y para la validez de los actos jurídicos pusimos énfasis en la distinción que la lógica jurídica y nuestros establecimientos legales imponen entre unas y otras, según que la falta de ellas impida la formación de tal clase de actos o que, permitiéndola, solo constituya un vicio que pueda afectar su viabilidad una vez formado.

de un acto o de un contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse la validez o, lo que es lo mismo, en relación con el cual ha de constatarse la presencia de vicios que pudieren afectar dicha validez, lo cierto es que aunque viciado ese acto o contrato estará llamado a generar efectos hasta el momento en que lo aniquile la declaración judicial de nulidad; por el contrario, en el caso de la inexistencia se tiene que la misma excluye el perfeccionamiento del correspondiente acto o contrato y sólo deja para el mundo jurídico una mera apariencia, sin virtualidad de producir efecto alguno. Esta Corporación ha hecho la distinción en los siguientes términos:

*“Colígese de lo dicho que la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico”.*¹⁴¹

En providencia posterior expresó lo siguiente:

*“[L]a **nulidad** supone la **existencia** previa de un negocio que se encuentra viciado, comoquiera que su declaratoria exige tanto la **existencia** de un negocio sobre el cual ha de recaer la misma, como la generación de efectos para, precisamente, poderlos aniquilar o anular, por manera que la nulidad de un negocio supone su existencia, cuestión que, obviamente, excluye por completo la posibilidad de predicar su inexistencia.”*¹⁴²

Según lo expuesto, la pretendida nulidad absoluta del pacto arbitral, derivada de la inexistencia del mismo será desestimada por la Sala.

ii) La nulidad absoluta y la nulidad relativa.

La nulidad absoluta.

“Puntualizamos allí que la falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico produce la inexistencia.

“.....

“... Cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, y, además, los que siendo de la misma índole esencial determinan su ubicación en cierta especie de las que en dichos actos se clasifican, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces. Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su conservación está sujeta a que el acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de los terceros y aun de los mismos agentes. Tales son los requisitos para el valor de los actos jurídicos a que se refiere el artículo 1740 del Código Civil, y cuya falta sanciona el propio texto con la nulidad de tales actos, sanción que los condena a ser privados de la eficacia normativa que la ley, en principio atribuye a las manifestaciones de la voluntad privada. O dicho de otro modo: la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior”.

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 8 de 2007. Expediente 15.052. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 22 de 2009, Expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sostuvo la recurrente que se presentó nulidad absoluta en tanto el Consorcio Miel no prestó su consentimiento para efectuar la modificación de la cláusula compromisoria, en razón de que la sociedad ABB Sae Sadelmi S.p.A., para esa época no existía.

En acápite anterior la Sala efectuó el análisis en relación con este punto y reiteró que de conformidad con las prescripciones del artículo 898 del Código de Comercio, será inexistente el negocio jurídico al cual falte alguno de los elementos esenciales, entre los cuales se encuentra el consentimiento.

Así mismo, después de un extenso análisis, concluyó la Sala que el Consorcio contratista, a través de su representante, otorgó el consentimiento de las sociedades que lo integraban, incluida Alstom Power Italia, en virtud tanto de la cláusula compromisoria suscrita con el contrato MI-100, como de la modificación efectuada el 6 de julio de 2004.

También se analizó que la nulidad necesariamente supone la existencia previa de un acto o de un contrato respecto del cual ha de cuestionarse o examinarse su validez o, lo que es lo mismo, en relación con el cual ha de constatarse la presencia de vicios que pudieren afectar dicha validez,

Dado que en este caso ningún argumento se formuló para atacar la validez del contrato contentivo de la cláusula compromisoria, dado que se alegó ausencia de consentimiento –propio de la inexistencia que no de la nulidad absoluta-, y que, tampoco encuentra la Sala que tal vicio se hubiere presentado, despachará negativamente la alegada causal.

La nulidad relativa.

En relación con la nulidad relativa también alegada por ISAGEN, por la ocurrencia de error en la persona y por dolo, encuentra la Sala que tal petición por sí misma resulta contradictoria, toda vez que, no puede alegarse al mismo tiempo que no existió consentimiento pero que éste estuvo viciado, no obstante, se efectuará el análisis tendiente a indagar si el consentimiento otorgado para modificar la cláusula compromisoria se encontraría viciado de nulidad relativa, en razón de los cargos formulados por la recurrente.

Ahora bien, en tratándose de un contrato regido por el Código de Comercio, la figura aplicable en ese caso sería la de la anulabilidad, a la cual se refiere este Código, en los siguientes términos:

“Artículo 900.- Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

“Esta acción solo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que esta haya cesado”.

Según se desprende de la citada norma, la anulabilidad de un negocio jurídico tiene lugar ante la ocurrencia de alguna de las siguientes causales:

i).- Que el contrato hubiere sido celebrado por una persona relativamente incapaz;

- ii).- Que el contrato hubiere sido consentido por error;
- iii).- Que el contrato hubiere sido consentido por fuerza;
- iv).- Que el contrato hubiere sido consentido por dolo.

La norma legal transcrita agrega, además, que los aspectos atinentes a la incapacidad relativa, así como a los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), se regirán “... conforme al Código Civil”.

Tal como lo refleja con claridad el propio texto del aludido artículo 900 del C. de Co., la acción de anulabilidad sólo podrá ejercerla la persona en cuyo favor se ha consagrado la figura o sus herederos, es decir aquella afectada por la correspondiente incapacidad relativa o por el respectivo vicio del consentimiento, por manera que no podrá ser alegada por el Ministerio Público ni habrá lugar a su declaración oficiosa por parte del juez.

Dado que en este caso se afirmó que se había presentado error y dolo, como vicios del consentimiento, acudirá la Sala a las disposiciones contenidas en el Código Civil para su examen.

Prescribe el artículo 1512 del Código Civil que el error acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar “no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

En relación con la ocurrencia del error afirmó ISAGEN que su consentimiento estuvo viciado al momento de suscribir el otrosí modificatorio de la cláusula compromisoria, en razón de que ella desconocía que ABB Sae Sadelmi S.p.A., había dejado de existir y que de haberse enterado de esta situación no habría acordado la referida modificación.

La recurrente soportó su afirmación en el hecho de que el error en la persona resultó determinante, dado que el contrato MI-100 tenía el carácter de *intuitio personae*, en virtud del estudio efectuado por la entidad respecto de la calidad de las personas que integraron el Consorcio para efectos de la celebración y ejecución de este contrato.

Sostuvo ISAGEN que la nueva cláusula compromisoria únicamente podía tener como partes a las sociedades que celebraron y ejecutaron el contrato y no aquéllas que no fueron parte del mismo y que, por ende, no se sometieron a un procedimiento administrativo de selección; afirmó además que las calidades de los integrantes del Consorcio resultaban esenciales para ejecutar el objeto del contrato MI 100 y resaltó la importancia de la idoneidad y de la capacidad económica en el evento de que se presentase un incumplimiento.

Si bien la recurrente afirmó que la cláusula compromisoria se encontraba afectada de nulidad relativa por un error en la persona, los argumentos que esgrimió sólo se dirigieron a demostrar la importancia de las sociedades que conformaban el Consorcio Miel para efectos de ejecutar y cumplir con el objeto del contrato MI 100, contrato éste que para la época en que se suscribió el otrosí modificatorio número 13 –julio de 2004- ya se había ejecutado, de tal manera que no se observa sustentación específica de la razón por la cual se habría viciado el consentimiento en relación con la cláusula compromisoria, toda vez que, como atrás se expuso, esta cláusula es autónoma respecto del contrato cuyas controversias se pretenden resolver¹⁴³.

¹⁴³“El error, que consiste en la divergencia entre lo que se cree y la realidad, es un vicio del

Así pues, el cargo será desestimado en razón de no haberse acreditado que el presunto error en la persona alegado por la parte demandada hubiere resultado determinante para la suscripción de la cláusula compromisoria y, como antes se expresó, este asunto no puede ser examinado de manera oficiosa por la Sala.

En cuanto al dolo, prescribe el artículo 1515 del Código Civil que éste vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y, además, cuando aparezca claramente demostrado que sin la ocurrencia de esa circunstancia no se habría celebrado el contrato.

Dispone además el artículo 1516 del Código Civil que el dolo sólo se presume en los casos expresamente contemplados en la ley y que en los demás casos debe probarse, como en este caso.

Asimismo, de conformidad con el contenido del artículo 63 del Código Civil *“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”*.

Sostiene la Corte Suprema de Justicia que el dolo *“en el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación, consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto.”*¹⁴⁴

En relación con los elementos que debe contener el dolo para que tenga la virtualidad de viciar el consentimiento ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia que éste debe ser: i) obra de una de las partes; ii) Determinante, esencial, definitivo e incidente en la obtención del consentimiento;

consentimiento cuando es de hecho y recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra o ejecuta, sobre la identidad de la cosa específica de que se trata⁶⁸, sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, sobre otra calidad de la cosa si tal calidad es el principal motivo de una de las partes para contratar y ese motivo fue conocido por la otra parte⁶⁹ o sobre la persona con quien se celebra el contrato si la consideración sobre esta persona era la causa principal del contrato⁷⁰.

“..como el pacto arbitral tiene por objeto deferir a un tribunal arbitral la solución de unas diferencias actuales o eventuales, la posibilidad de error como vicio del consentimiento queda restringida al que recae sobre la clase de contrato o sobre la persona con la que el contrato de arbitraje se celebra.

“En este último caso, solamente se presentaría el vicio del consentimiento cuando se celebra el pacto arbitral con una persona distinta de la que se quería celebrar y la consideración de esa persona era la causa principal del contrato.

*“Claramente, el pacto arbitral debe celebrarse con la persona con quien se celebra el contrato respectivo: esto es, aquel contrato que contenga la cláusula compromisoria, o con la persona con quien existen actualmente unas diferencias que deben ser solucionadas, en el caso del compromiso, pero no es posible afirmar que la identidad de la persona en esos casos sea la causa principal del contrato. En realidad, en esos casos la causa principal del contrato es la existencia de unas controversias, virtuales o actuales, que se quiere solucionar de una manera específica. La identidad de la persona es indiferente pues el contrato de arbitraje se celebraría con cualquier persona con tal de que ella fuera la parte del contrato del que surgen las controversias.”*Sanabria Gómez Arturo *“La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje, oferta y aceptación”* en *“El Contrato de Arbitraje”*, Eduardo Silva Romero, Director Académico, y Fabricio Mantilla Espinosa Coordinador Académico, Universidad del Rosario y Legis Editores S.A., Primera edición, Bogotá, 2005, pág. 164 y ss.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de marzo 6 de 2012, expediente 11001-3103-010-00026-01.

iii) Se debe acreditar que sin la ocurrencia del dolo no se habría celebrado el contrato y iv) Por regla general, debe probarse¹⁴⁵.

Sostuvo la recurrente que las sociedades ABB Sae Sadelmi S.p.A. y Alstom Power Italia, efectuaron una serie de maniobras fraudulentas tendientes a ocultar la transferencia efectuada entre estas sociedades, en razón de las cuales ISAGEN suscribió la modificación de la cláusula compromisoria, lo cual viciaba su consentimiento.

No encuentra la Sala acreditado que se hubiere fraguado una maniobra fraudulenta para obtener su consentimiento, el cual, además, en relación con la cláusula compromisoria se había otorgado desde la suscripción del contrato MI-100 y, por el contrario, considera la Sala que resulta incontrovertible que la escritura de *Conferimento* se otorgó mediante un documento público ante notario en abril 29 de 1998, el cual fue inscrito en el Registro de las Empresas de Milán el 20 de mayo del mismo año¹⁴⁶.

Los expertos en derecho italiano designados por las partes - el Avv. Alberto Nanni por las Demandantes¹⁴⁷ y el Avv. Fabio Fauceglia de Shearman & Sterling por la Demandada¹⁴⁸-, coincidieron en afirmar que, de conformidad con ese ordenamiento jurídico, una vez que se haya realizado la mencionada inscripción la transferencia adquiere eficacia *erga omnes* y, de acuerdo con el artículo 2558 del Código Civil Italiano, salvo que las partes convengan en contrario, el beneficiario sucede automáticamente al cedente en todos los contratos que no tengan el carácter de personales¹⁴⁹.

Así pues, además de que no se probó, no se puede aceptar que una operación societaria que se inscribió o consignó en un registro público hubiera estado acompañada del propósito de engañar o de ocultar información o de mantener en secreto dicha operación y, menos aún, respecto de este proceso arbitral, al cual la sociedad Alstom Power Italia S.p.A., acudió sin pretensiones.

Adicionalmente, no se presentaron argumentos que llevaran a sostener que de haber conocido la ocurrencia de la transferencia la ahora recurrente no habría accedido a convenir modificaciones respecto de la cláusula compromisoria¹⁵⁰; así

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de junio 29 de 1911 y de 23 de noviembre de 1936, XLIV, p. 483.

¹⁴⁶ Prueba C 145, pág. 3 y Anexo 4 a R 84, pág. 4.

¹⁴⁷ C 145 p. 3.

¹⁴⁸ Anexo 4 a R 84 p. 4.

¹⁴⁹ Art. 2558, 1º del Código Civil italiano: “A menos que se haya pactado en forma diversa, el adquirente de la empresa reemplaza[al cedente] en los contratos suscritos para el ejercicio de la empresa que no sean de naturaleza personal”.

¹⁵⁰ “Las maniobras, engaños, fraudes, mentiras, reticencias u otras conductas de este tipo, ejercidas por una de las partes para inducir a la otra a la celebración de un contrato constituyen dolo. El dolo vicia el consentimiento cuando se demuestra que sin él no se habría celebrado el contrato o, en otros términos, que el dolo fue la causa determinante para la celebración del contrato⁸².”

“En materia de pactos arbitrales habría dolo cuando una de las partes induce a la otra a la celebración del contrato de arbitraje con engaños y mentiras de manera que la otra lo celebra no por sus propios motivos sino con fundamento en los engaños. (...)” Sanabria Gómez Arturo “La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje, oferta y aceptación” en “El Contrato de Arbitraje”, Eduardo Silva Romero, Director Académico, y Fabricio Mantilla Espinosa Coordinador Académico, Universidad del Rosario y Legis Editores S.A., Primera edición, Bogotá, 2005, pág. 166 y ss.

pues, por las razones expuestas, no prospera la causal de nulidad relativa en razón del alegado dolo.

7.2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite –Art. 163 [2].

7.2.1. Consideraciones de la Sala acerca de la configuración de esta causal.

El artículo 163-2 del Decreto 1818 de 1998, consagra la nulidad del laudo por “no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esa causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite”¹⁵¹.

La Sala de Sección se ha pronunciado respecto de la ocurrencia de esta causal en el sentido de afirmar que se refiere a la integración del Tribunal, así:

*“La indebida integración del tribunal de arbitramento atañe a situaciones relacionadas con las condiciones personales del árbitro (bien porque no reúnen los requisitos previstos por la ley o no cumplen los requisitos acordados en el pacto); con su designación (vgr. cuando no se hace con arreglo a lo establecido en la cláusula arbitral o cuando siendo institucional el nombrado no hace parte de la lista respectiva) o con el número de sus integrantes, entre otros eventos. De modo que **esta causal apunta a controvertir exclusivamente a la integración** y por ello no puede hacerse extensiva a situaciones que no se refieran a la misma.*

“Es preciso subrayar que para que se configure la causal “No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal” (Numeral 2º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998), el legislador estableció como requisito para su prosperidad que el interesado la haya alegado en la primera audiencia de trámite, de manera que si ello no se hace se pierde la posibilidad de invocar este motivo en sede de anulación del laudo. O lo que es igual, si no se alega la indebida integración del tribunal de arbitramento, ope legis, se sana dicha irregularidad, como un castigo de la ley ante el silencio de las partes.”¹⁵²

7.2.2. Sustentación del cargo.

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 2 del artículo 163 Decreto 1818 de 1998, el recurrente planteó que el procedimiento se adelantó de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y no por el propio del Decreto 1818 de 1998¹⁵³,

¹⁵¹ Una de las hipótesis que dan lugar a la indebida integración del Tribunal es la designación de los árbitros por la persona u organismo que no tenía competencia para hacerlo. (Gil Echeverry Jorge Hernán, Del Recurso de anulación de laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Barranquilla, 1998, pág. 54)

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 2009, Expediente 35288, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵³ El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Comercio Internacional, prevé las siguientes etapas para la iniciación del trámite:

“Artículo 20.- Instrucción de la causa

- 1. El tribunal arbitral instruye la causa en el plazo más breve por todos los medios apropiados.*

el cual no prevé la audiencia de trámite a la que se refiere la última norma jurídica, razón por la cual la circunstancia de no haberse constituido el arbitramento en legal forma se alegó con la contestación de la demanda y nuevamente se invocó en el escrito de alegaciones finales.

Sostuvo que la causal se configuró por las siguientes razones:

i) Falta de integración del litisconsorcio necesario por activa.

Como fundamento de esta causal de nulidad, ISAGEN S.A., E.S.P., expresó que de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 80 y con la jurisprudencia de esta Corporación, los miembros de un consorcio deben concurrir a los procesos judiciales, tanto en activa como en pasiva, bajo la figura del litis consorcio necesario.

En consecuencia, consideró que era necesario que la sociedad ABB Sae Sadelmi SpA, hubiera intervenido en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento y en vista de que no fue así, éste se integró en indebida forma¹⁵⁴.

ii) Indebida integración de Tribunal Arbitral por falta de agotamiento de los presupuestos establecidos por las partes.

En primer lugar sostuvo que en vista de que el otrosí de 6 de julio de 2006, por el cual se modificó el pacto arbitral contenido en la cláusula trigésimo tercera del contrato de obra está viciado de nulidad, el procedimiento previo a convocar el Tribunal de Arbitramento es el contenido en ésta y no en aquél, sin embargo, la parte convocante no lo cumplió.

2. Tras el examen de los escritos de las partes y de todos los documentos aportados por ellos a los debates, el tribunal arbitral oye contradictoriamente las partes si una de ellas lo solicita; en su defecto, puede decidir de oficio oírlas.

3. El tribunal arbitral puede decidir oír testigos, expertos propuestos por las partes, o cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia si han sido debidamente convocados.

4. El tribunal arbitral puede, tras consultar a las partes, designar a uno o varios expertos, definir sus cometidos y recibir sus dictámenes. Si una de las partes lo solicita, se ha de prever la posibilidad de interrogar tras una audiencia el experto o expertos designados por el árbitro.

5. En cualquier momento del procedimiento, el tribunal arbitral puede solicitar a las partes que propongan la prueba supletoria que consideran oportuna.

6. El tribunal arbitral puede decidir pronunciarse sobre el litigio en base a los documentos presentados por las partes, cuando alguna de las partes no solicita audiencia alguna.

7. El tribunal arbitral puede adoptar medidas para proteger los secretos comerciales y las informaciones confidenciales.

“Artículo 21.- Audiencias

1. Cuando la audiencia tenga lugar, el tribunal arbitral convoca a las partes a comparecer ante él, con observancia de un plazo oportuno, en el día y lugar que establezca.

2. Si una de las partes, regularmente convocada no se presenta sin excusa válida, el tribunal arbitral puede proceder no obstante a la audiencia.

3. El tribunal arbitral ha de establecer las audiencias a las que todas las partes poseen el derecho de estar presentes. Salvo acuerdo del tribunal arbitral y de las partes las audiencias son ajenas a las personas extrañas al procedimiento.

4. Las partes han de comparecer en persona o mediante representante debidamente mandatado. Pueden igualmente hallarse asistidas de consejeros.”

¹⁵⁴“**ABB Sae Sadelmi SPA** no quedó desvinculada del Consorcio, a pesar de la errónea interpretación del Tribunal de que lo había hecho **conforme al derecho italiano**, cuando de acuerdo con la cláusula compromisoria, **el derecho sustancial aplicable era el colombiano**.” Folio 364 cuaderno Consejo de Estado.

El procedimiento al que hace referencia ISAGEN S.A., E.S.P., contenido en la cláusula trigésimo tercera del contrato de obra MI-100 es el siguiente:

- *“En primer término, las partes debían buscar una decisión por parte del interventor del contrato.*
- *“En segundo lugar, se debía intentar un arreglo amigable entre las partes, el cual se entendería fallido cuando una de ellas notificara, por escrito, dentro de los dos meses siguientes, la desavenencia, al mediador y a la otra parte.*
- *“Si agotado lo anterior, las partes, no hubieren llegado a un acuerdo, **debían designar un mediador** para que decidiera.*
- *“En caso de que el mediador renunciara, muriera u omitiera tomar decisión sobre las desavenencias, en el término de diez días, **la solución debía ser adoptada por un mediador suplente.***
- *“**Solamente** si agotadas **todas** las exigencias anteriores no se hubiere adoptado solución definitiva, se podía, **en última instancia**, acudir a la integración de un tribunal arbitral que pusiera fin a las diferencias.”¹⁵⁵*

De otra parte, señaló que en caso de no prosperar la nulidad invocada del otrosí de 6 de julio de 2006, se podía concluir que la parte convocante tampoco cumplió con el procedimiento en él estipulado, previo a convocar el Tribunal de Arbitramento¹⁵⁶, porque, si bien le informó acerca del inicio del término de 60 días en los cuales debían intentar un arreglo directo o amigable composición respecto de las desavenencias, esto último no se intentó.

iii) Indebida integración del Tribunal Arbitral por falta de competencia, en razón de la inexistencia y/o nulidad de la cláusula compromisoria.

Reitera la parte convocada su alegación acerca de la nulidad absoluta de la modificación hecha por el otrosí de 6 de julio de 2004 a la cláusula compromisoria contenida en el referido contrato de obra en razón de falta de consentimiento del Consorcio Miel en su suscripción, pues quienes lo integraban no eran las mismas sociedades que suscribieron uno y otro.

7.2.3. Consideraciones de la Sala en relación con los argumentos de la recurrente.

En primer término, encuentra la Sala que los argumentos esgrimidos por la recurrente no se refieren a la indebida integración del Tribunal, dado que los mismos hacen referencia a temas diferentes, cuales son: i) la alegada falta de legitimación en la causa para obrar de las sociedades demandantes; ii) el no agotamiento de los presupuestos procesales previos y iii) falta de competencia de la Cámara de Comercio Internacional.

Adicionalmente, se observa que si bien el procedimiento adelantado por el Tribunal de Arbitramento no se rigió por las normas contenidas en el Decreto 1818 de 1998, las cuales hacen referencia a la primera audiencia de trámite y a la necesidad de que la causal se alegue en esta audiencia, no obstante, en la que fuera realizada los días 13 y 14 de febrero de 2008, el Presidente del Tribunal

¹⁵⁵ Folio 366 Cuaderno Consejo de Estado.

¹⁵⁶ “En efecto, según el aludido otrosí, las partes debían resolver las desavenencias o controversias, en primer término, ‘mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia’...” Folio 366, cuaderno Consejo de Estado.

preguntó a las partes si eran conscientes de alguna acusación contra alguno de los árbitros, a lo cual respondieron negativamente.

Específicamente, en relación con las razones alegadas por la recurrente, se tiene lo siguiente:

i) Además de no hacer parte de esta causal, el tema de la legitimación en la causa por activa de las sociedades convocantes fue estudiado y resuelto por el Tribunal, asunto respecto del cual concluyó lo siguiente:

“(…) la buena fe refuerza la conclusión alcanzada aplicando tanto el Derecho colombiano como el italiano: la sociedad italiana del grupo ABB integrante del Consorcio necesariamente debe ser Alstom Power Italia S.p.A.

“Decisión: En consecuencia, el Tribunal Arbitral decide que el Consorcio Miel queda constituido por Construtora Norberto Odebrecht S/A, Alstom Power Brasil Ltda. (hoy denominado Alstom Hydro Energia Brasil Ltda.) y Kvaerner Energy A.S. formando también parte de ella Alstom Power Italia S.p.A., firmante histórico del contrato.”¹⁵⁷

ii) En relación con el procedimiento previo a la convocatoria del Tribunal, como ya se expuso, ha de decirse que éste no tiene la virtualidad de limitar el acceso a la jurisdicción, sobre lo cual la Sala de Sección ha expresado lo siguiente:

“Dicho de otra forma, los acuerdos entre particulares que constituyan un obstáculo o restricción que tengan por efecto limitar y comprometer irracional y sustancialmente el derecho fundamental de acceso a la justicia son contrarios a la Constitución Política y a la Ley. No es tampoco admisible que las partes estén indefectiblemente obligadas a negociar, cuando existe el convencimiento de la imposibilidad de las mismas para resolver directamente el conflicto y en el entre tanto corre en contra de sus intereses un plazo legal para el ejercicio oportuno de una acción y, por ende, hay riesgo de que opere el fenómeno jurídico de caducidad.”¹⁵⁸

Así pues, el agotamiento, o no, de tales procedimientos no se constituye en motivo para invalidar el Laudo Arbitral proferido, además de que el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional no establece requisito previo alguno para acudir al arbitraje y en su artículo 4 consagra que “[l]a parte que desee acudir al arbitraje según el presente Reglamento ha de dirigir su petición de arbitraje (la “demanda”) al Secretariado, que notifica al demandante y al demandado la recepción de la demanda y la fecha que en la misma consta.”

iii) Respecto de la alegada falta de competencia, se tiene que ésta no se encuentra comprendida dentro de esta causal, toda vez que la misma puede ser alegada en el marco de la octava causal del artículo 163 del Decreto 1818, según la cual el Laudo se encontraría viciado de nulidad en tanto “decida más allá de lo pedido en la demanda (ultra petita), que decida sobre asuntos no pedidos en la demanda (extra petita), o incluso cuando los árbitros actúen por fuera de su competencia, bien sea porque el asunto no es objeto de transacción o porque esté

¹⁵⁷Fl. 77 del cuaderno contentivo del Laudo Arbitral.

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 2009, Expediente 35288, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

por fuera de las expresas facultades otorgadas por las partes en el pacto arbitral.”¹⁵⁹

Por los argumentos expuestos, no prospera la causal alegada.

7.3. “Haberse dejado de decretar, sin fundamento legal, pruebas oportunamente solicitadas y haberse dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, en cuanto tales omisiones tengan incidencia en la decisión y se hayan reclamado oportunamente y en debida forma (artículo 163 [4] del Decreto 1818 de 1998)”.

7.3.1. Consideraciones de la Sala acerca de la configuración de esta causal.

Resulta oportuno reiterar, como ya en otras oportunidades lo ha hecho la Sala¹⁶⁰, que la posibilidad de solicitar la anulación del laudo con sustento en la *i) nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita o ii) en el recaudo de pruebas con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política*, no implica que la Corporación desconozca que es justamente la taxatividad de las causales de anulación el elemento cardinal que delimita la actuación tanto del juez como de las partes en el proceso del recurso de anulación y, por tanto, tal posibilidad no debe ser entendida en el sentido de que las hipótesis señaladas constituyan unas nuevas causales de anulación, por cuanto éstas, como se verá, se encuentran subsumidas en las previstas legalmente.

Sobre el particular y dada la pertinencia de lo dicho en anteriores providencias al respecto, se permite la Sala traer al presente asunto las consideraciones que explican el razonamiento que viene de plantearse, advirtiendo que la ilustración ofrecida se ha dado a propósito de las mismas causales, pero contempladas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993¹⁶¹.

“Es oportuno reiterar, en este momento, en relación con la posibilidad —consignada, entre otras, en la sentencia recién citada— de invocar causales de anulación de laudos arbitrales “adicionales” a las establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 —en los eventos en los cuales exista i) nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita o ii) recaudo de pruebas con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política—, que la Sala ha recogido la anotada postura con el fin de insistir en su consolidada jurisprudencia en el sentido de que el criterio de la taxatividad es el que incardina la actividad tanto del juez como de las partes en el recurso extraordinario de anulación, en la medida en que uno y otras deben sujetarse, de manera estricta y rigurosa, a las únicas y precisas causales de anulación consagradas en la ley.

¹⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 28 de 2009, Expediente 34239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶⁰ Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de diciembre de 2006, Radicación: 110010326000200600029 00; Expediente: 32871; Actor: Consorcio Lar; Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 7 de junio de 2007, Expediente 32896, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

En la anotada dirección y precisamente con respecto a los dos aludidos supuestos que podrían alegarse como fundamento de la solicitud de anulación del pronunciamiento de un tribunal arbitral, la Sala expresó:

«Al respecto, de una parte se precisa que la mencionada nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, cuya declaratoria invalida también el laudo, en realidad no integra una nueva y diferente causal de anulación de los laudos, que exceda las previsiones o disposiciones legales vigentes y a cuya creación hubiere procedido el juez de anulación invadiendo la órbita del legislador, sino que simplemente corresponde a una de las hipótesis fácticas a través de las cuales es posible la configuración de una de las causales de anulación taxativa, expresa y previamente establecidas por la ley en el ordenamiento vigente.»

Ciertamente, la Sala entiende que la validez del pacto arbitral dice relación directa e inmediata con el principio de congruencia, al punto de constituirse en un presupuesto indispensable para su realización material y efectiva, por tanto, en aquellos eventos en que el laudo que se expida encuentre fundamento en un pacto arbitral afectado de nulidad, ha de concluirse que el mismo ha recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

Así pues, si las materias y cuestiones que en principio, de manera puramente aparente o formal, las partes decidieron someter a la decisión de los árbitros resultan sin validez, por resultar nulo el pacto arbitral que las contiene, obligado resulta concluir también que el laudo finalmente proferido, en realidad ha recaído entonces sobre aspectos que materialmente no fueron sometidos al conocimiento de los árbitros, no al menos de manera válida.

De esa manera se tiene entonces que la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, cuya declaratoria invalida también el laudo, lejos de ser una nueva o diferente causal de anulación de los laudos arbitrales que se expidan en relación o con ocasión de las controversias que emanen de los contratos estatales, corresponde a una de las maneras de configuración de la causal de anulación consagrada en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80, según el cual:

‘Son causales de anulación del laudo las siguientes

‘.....

‘4º. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros...’.

Así las cosas, en cuanto la hipótesis aludida constituye tan solo una de las diferentes maneras de configurar una de las causales de anulación taxativa y expresamente consagradas por la ley -la del numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80-, conviene agregar que ella, como sucede con las demás causales, podrá ser alegada por cualquiera de las partes dentro de la oportunidad y con los requisitos establecidos para el efecto por las normas vigentes sobre la materia.

De esta manera se complementa, sin que por ello se entienda agotado, el entendimiento que la Sala ha expuesto acerca del alcance de la causal de anulación de laudos consagrada, explícitamente, en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80...

(...)

De otra parte, en cuanto se refiere a los casos de nulidad por la obtención de pruebas con violación del debido proceso, también se impone precisar que esa hipótesis fáctica no se erige en una nueva causal de anulación de los laudos, diferente de aquellas consagradas de manera precisa y taxativa en la Ley 80, sino que es una de las formas en que puede configurarse la causal de anulación consagrada en el numeral 1º del referido artículo 72, en cuanto se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuar las pruebas correspondientes» (subrayas fuera del texto original)¹⁶².

Así las cosas y ya descendiendo al estudio del cargo que en este momento ocupa la atención de la Sala se precisa que, como bien lo ubicó la entidad convocada en su recurso, la **“Nulidad de pleno derecho porque se violó el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el laudo se profirió con base en pruebas ilegalmente aportadas”** se encuentra inmersa dentro de la cuarta causal del Decreto 1818 de 1998 y, por tal razón, para que pueda establecerse y declararse su existencia resulta necesario que la misma cumpla con los requisitos establecidos para el efecto.

Precisado entonces lo anterior, resulta necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que regula esta causal, así como a lo que esta Corporación ha señalada al respecto.

El artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, dispone:

“ARTICULO 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

(...)

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos”.

A partir del contenido de la norma en comentario es posible señalar que para que la causal se configure es necesario que *i)* la prueba hubiere sido oportunamente solicitada, *ii)* la omisión de su decreto o práctica no hubiere tenido sustento legal alguno, *iii)* la omisión de su decreto o práctica hubiere incidido en la decisión y, finalmente, que *iv)* el interesado hubiere reclamado respecto de tales omisiones en el tiempo y la forma debidos.

Sobre el tema, en providencia del 31 de enero de 2011, se señaló lo siguiente:

“Para que prospere esta causal de nulidad es necesario que se reúnan las siguientes condiciones: i) que no se hayan decretado las pruebas oportunamente solicitadas o que se hubieren dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, lo anterior ii) siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y iii) que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diciembre 4 de diciembre de 2006, Radicación: 110010326000200600029 00; Expediente: 32871; Actor: Consorcio Lar; Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

Sobre el alcance y la estructura de esta causal la Sala ha sostenido - advirtiendo que la explicación ofrecida se ha dado a propósito de la misma causal, pero contemplada en el art. 72 de la ley 80 de 1993- que:

'Ahora es necesario recordar el texto de la norma que contiene la causal invocada, numeral 1º, artículo 72 de la ley 80 de 1993: 'Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar las pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y el tiempo debidos'. Del análisis de la norma en cita, la Sala ha reiterado que la causal está dada para dos eventos: por la omisión en el decreto de la prueba, o por la omisión en la práctica de la prueba; y cualquiera de esos dos eventos requiere del cumplimiento de los siguientes supuestos: - la prueba debió ser oportunamente solicitada; -la omisión en el decreto o práctica de la misma debe incidir en la decisión; y -el interesado debió reclamar esas omisiones, en la forma y tiempo debidos. Y no debe perderse de vista que la norma exige que lo omitido debió ser producto de una decisión 'sin fundamento legal', elemento modal que afecta la procedencia de la causal. (...)'¹⁶³

(...)

No obstante, no debe olvidarse que esta causal tiene alcance limitado, porque se configura sólo cuando la omisión del juzgador tiene incidencia en lo decidido. En tal sentido, ocurre en ocasiones que un medio probatorio que no se decretó no conduzca, inexorablemente, a la declaración de nulidad del laudo, como cuando simplemente redundaría en razones que coinciden con el sentido de la decisión -un testimonio por ejemplo-. Igual acontece con una prueba decretada, pero que no se practicó, tal es el caso del peritazgo no rendido, sin embargo el proceso se decide por caducidad de la acción.

Estos y otros ejemplos muestran que la exigencia cualificante de la norma es razonable; de no ser así se anularían laudos arbitrales sin razón material que lo justifique, pues bastaría acreditar un error en materia probatoria para que se adopte una decisión como estas.

Para aplicar estas ideas al caso concreto es necesario verificar, primero, si el tribunal de arbitramento se abstuvo de decretar alguna prueba oportunamente solicitada, o si acaso se dejaron de practicar las diligencias necesarias para evacuarla y, segundo, si cumplido lo anterior tales omisiones tienen incidencia en la decisión'¹⁶⁴.

7.3.2. Sustentación de la causal.

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 4 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, el recurrente planteó, en síntesis, las siguientes hipótesis: i) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar la inspección judicial al sitio de la obra; ii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar pruebas oportunamente solicitadas, las que tuvieron incidencia en la decisión y

¹⁶³ Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Exp 28.308

¹⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencial del 31 de enero de 2011, expediente 37788, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

cuyo reclamo fue hecho por ISAGEN S.A. E.S.P., en forma y tiempo debidos, iii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, omitió requerir a la convocante para que entregara a los peritos información de gran incidencia para la realización de su trabajo y iv) *“Nulidad de pleno derecho porque se violó el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el laudo se profirió con base en pruebas ilegalmente aportadas”*.

i) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar la inspección judicial al sitio de la obra.

Afirmó que se vulneraron los derechos del debido proceso e igualdad procesal, por cuanto no hubo un pronunciamiento concreto respecto del decreto de la referida inspección judicial y, en consecuencia, no fue posible desvirtuar los reclamos programáticos de la parte convocante, es decir, controvertir sus alegaciones.

ii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar pruebas oportunamente solicitadas, las que tuvieron incidencia en la decisión y cuyo reclamo fue hecho por ISAGEN S.A. E.S.P., en forma y tiempo debidos.

Consideró la parte convocada que el Tribunal cometió un error de procedimiento porque omitió los trámites necesarios para practicar la exhibición de documentos que se decretó, pues aunque se le ordenó a la convocante que los exhibiera, esta no aportó *“los contratos con terceros, sus liquidaciones y pagos; el presupuesto; ni los documentos de los órganos de administración en donde constan las discusiones relacionadas con la Central Hidroeléctrica la Miel.”*¹⁶⁵

Sostuvo además que ISAGEN S.A. E.S.P., insistió ante la negativa de los convocantes en la práctica de la referida exhibición, pero que pese a ello, los pocos documentos que se pusieron a disposición del Tribunal lo fueron de manera extemporánea e incompleta.

De otra parte, señaló que el Tribunal omitió lo necesario para procurar que la convocante respondiera las preguntas contenidas en la Orden Procesal No. 3 de 6 de diciembre de 2007¹⁶⁶, pues ésta se negó hacerlo.

Que de no haber ocurrido la omisión antes referenciada, el Tribunal hubiera llegado a la conclusión de que quien incumplió el contrato de obra MI-100 fue el Consorcio Miel y no ISAGEN S.A. E.S.P.

iii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, omitió requerir a la convocante para que entregara a los peritos información de gran incidencia para la realización de su trabajo.

Sostuvo que las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil y Kvaerner Energy A.S., se negaron a suministrar a los peritos contables los

¹⁶⁵ Folio 374, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁶⁶ *“En efecto, en la mencionada orden el Tribunal indagó a las partes, concretamente preguntó a la convocante respecto a la transmisión entre, ABB Sae Sadelmi S.P.A y Alstom Power Italia S.P.A., así: ‘¿formaba parte el contrato del que trae causa este arbitraje, de esa rama empresarial supuestamente transferida? ¿existe alguna referencia expresa al Contrato en los Anexos al Conferimento di complesso aziendale – documento R16 D3?’. Igualmente, señaló el Tribunal que la partes debían responder las cuestiones y aportar pruebas que sustentaran sus respuestas.”* Folio 375 cuaderno Consejo de Estado.

documentos relativos a los “Presupuestos y ejecución presupuestal (ingresos, costos y gastos), relacionados con el contrato de obra MI-100”¹⁶⁷.

También señaló que las sociedades antes mencionadas junto con Alstom Power Italia S.p.A., hicieron caso omiso a la orden de exhibición de las “Actas de Asamblea de Accionistas, y de Junta Directivas, y libros de Accionistas que guarden relación con el Contrato de obra MI-100 desde mayo de 1994 hasta la fecha de exhibición.”¹⁶⁸

Según la recurrente, las situaciones antes descritas ponen de manifiesto que el Tribunal no tomó medida alguna para que la parte convocante aportara las pruebas decretadas.

iv) La parte recurrente, junto con las hipótesis que vienen de estudiarse, alegó también dentro de la causal 4ª de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la de “Nulidad de pleno derecho porque se violó el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el laudo se profirió con base en pruebas ilegalmente aportadas”.

Después de hacer referencia a diversa jurisprudencia de esta Corporación que sostiene la posibilidad de invocar como causal de nulidad de laudos arbitrales, la violación del artículo 29 de la Constitución Política de la República por la obtención de una prueba con violación del debido proceso¹⁶⁹, sostuvo, en síntesis, que el mencionado precepto constitucional se vulneró por el Tribunal con las siguientes conductas: *i) Permitió que la convocante aportara nuevos documentos fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal; ii) Permitió que la convocante aportara nuevo dictamen pericial por fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal; iii) Impidió que ISAGEN S.A. E.S.P., tuviera acceso y controvertiera las pruebas aportadas por el Consorcio, contenidas en su página web*¹⁷⁰.

Como sustento de su dicho, la parte recurrente expuso, en síntesis, lo que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

i) Permitió que la convocante aportara nuevo dictamen pericial por fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal.

Señaló la parte recurrente que el Tribunal de Arbitramento dispuso en la orden procesal que la parte convocante debía aportar los documentos que tuvieran relación con la respuesta a la demanda que presentó ISAGEN S.A. E.S.P., sin embargo, en manifiesto desconocimiento de la citada orden, aprovechó la oportunidad para aportar nuevas pruebas documentales que no tenían relación con esa respuesta, sino con hechos y argumentos de la demanda inicial que no fueron invocados ni pedidos en la oportunidad en la cual le correspondía hacerlo.

¹⁶⁷ Folio 375, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁶⁸ Folio 376, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁶⁹ “En la misma línea de pensamiento, el Honorable Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada, tiene establecido:

‘[...] cabe el pronunciamiento de anulación de laudos por fuera de las citadas causales establecidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 [...] en los casos de nulidad por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política [...]’ (Se resalta)”
Folio 377 cuaderno Consejo de Estado.

¹⁷⁰ Folio 378, cuaderno Consejo de Estado.

Indicó también que el Tribunal arbitral en comunicación A-51 del 10 de mayo de 2007, informó que “*el 13 de agosto de 2007 no admitirá la presentación de nueva prueba pericial [...] ni prueba documental o testifical, excepto si se trata de documentos o testimonios que guarden relación con argumentos debidamente justificados como nuevos y planteados por primera vez en el Escrito de Respuesta de la contraparte*” orden que también fue desconocida por la parte convocada, que el 17 de diciembre de 2007 se limitó a decir que aportaba “*copia digital [...] de la nueva prueba documental y testifical en relación con los hechos y argumentos nuevos contenidos en la Respuesta a la Demanda...*”, sin justificar ni hacer manifestación alguna en relación con cuáles eran los hechos o argumentos nuevos a los que supuestamente se refería.

En ese sentido, manifestó que el Tribunal condicionó la admisibilidad de las pruebas a que la parte convocante justificara los argumentos y hechos nuevos que fueron planteados en la respuesta a la demanda y que pretendía controvertir con ellas.

Adicionalmente, adujo que el Tribunal debía rechazar las nuevas pruebas y argumentos presentados por la parte convocante por extemporáneos, pero, al contrario, le permitió que aportara por fuera del tiempo y de manera ilegal medios de prueba que sin fundamento legal alguno fueron tenidos en cuenta al momento de proferir el laudo y que, incluso, mediante comunicación A-70 del 26 de diciembre de 2007 le concedió plazo hasta el 17 de enero de 2008 para que adjuntara la relación de los supuestos hechos y argumentos nuevos que justificaran la aportación de las pruebas.

Finalmente, adujo que la parte convocante en comunicación C-72 del 17 de enero de 2008, faltando a la verdad, planteó como nuevos 72 argumentos que, supuestamente, fueron esgrimidos en el escrito de respuesta a la demanda de reconvencción, sin embargo, afirma que basta con leer desprevenidamente la citada comunicación para concluir que lo que se hizo fue aprovechar indebidamente la oportunidad erróneamente otorgada por el Tribunal para aportar nuevas pruebas por fuera del tiempo señalado para tal fin.

Afirmó la recurrente que frente a tales circunstancias y a través de varias comunicaciones manifestó al Tribunal que se oponía a la inclusión de nuevas pruebas, pues no existían los supuestos hechos y argumentos nuevos alegados por la convocante y que se le estaban violando sus derechos constitucionales, dada la extemporánea admisión de nuevos elementos de juicio, a lo cual el Tribunal hizo caso omiso.

ii) Permitió que la convocante aportara nuevo dictamen pericial por fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal.

En lo que a este aspecto se refiere, adujo la parte recurrente que de acuerdo con la Orden Procesal, las partes debían aportar los dictámenes periciales que pretendieran hacer valer con sus respectivas demandas, razón por la cual no era posible jurídicamente que el Tribunal tuviera en cuenta peritajes aportados de manera extemporánea, sin embargo, además de permitir que esa situación se presentara se fundamentó en ellos para sustentar el laudo.

Indicó que la convocante, faltando a la verdad, afirmó haber puesto a disposición de la demandada el archivo fuente del programa impactado, elaborado en el software o programa *Primavera Project Planner*, sin embargo, asevera que tales

archivos no le fueron entregados, hecho que puso de presente mediante comunicados de 6 de octubre y 7 de noviembre de 2006.

Así mismo, manifestó que de acuerdo con la Orden Procesal, solicitó la entrega de los archivos fuente correspondientes a los programas que el perito A2Group denominó "PROJ", "P3AP" y "P3AC", con base en los cuales éste habría rendido el dictamen pericial. No obstante, el Consorcio convocante se negó a realizar tal entrega, argumentado para ello, sin razón, motivos de privacidad y confidencialidad. Relató que con posterioridad la demandante, mediante comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006, maliciosamente, cuando dijo cumplir su obligación, entregó a ISAGEN S.A. E.S.P., *"un CD con las programaciones fuente del peritaje A [...]"* y aprovechó para introducir un nuevo dictamen pericial programático, con lo cual no sólo contrarió el procedimiento, sino la buena fe procesal que se deben las partes.

Como soporte de su afirmación transcribió un aparte de la mencionada comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006, en la que, según afirma, la convocante confesó que en realidad lo que hizo fue introducir un nuevo dictamen, a partir del cual concluye que el archivo P3AP que se entregó el 15 de diciembre de 2006, no era el mismo programa elaborado por el perito A2 y aportado como prueba C-91 por el Consorcio con la demanda. En ese mismo orden de ideas, aseveró que el programa se allegó de manera extemporánea e ilegal y que es un archivo nuevo y no un simple documento para facilitar la consulta, como de manera engañosa lo quiso dar a entender el Consorcio y erradamente lo entendió el Tribunal, quien con base en un dictamen programático practicado en forma ilegal profirió el laudo, con lo que desconoció el derecho al debido proceso de la entidad demandada.

iii) Impidió que ISAGEN S.A E.S.P., tuviera acceso y controvertiera las pruebas aportadas por el Consorcio, contenidas en su página web.

En lo que concierne a este cargo, adujo la parte recurrente que se le impidió tener acceso y controvertir las pruebas aportadas por el Consorcio contenidas en su página web, por cuanto sólo se enteró de la existencia de la misma el 6 de agosto de 2010, cuando el presidente del Tribunal envió una comunicación al Consejo de Estado en cuyo punto 22 señalaba que las pruebas de la parte convocante estaban en una página web a la que tenía acceso mediante una clave que le suministró el Consorcio.

Adicionalmente, manifestó que la parte convocante desconoció la orden del Consejo de Estado de que enviara la totalidad de lo que faltaba del expediente escrito que ha debido llevar en todo el trámite del proceso, ya que lo que envió el 14 de septiembre de 2011 fueron los documentos que simplemente imprimió para tal efecto.

Adujo que lo relatado con anterioridad era razón suficiente para que se anulara el laudo objeto del recurso, dado que ISAGEN S.A. E.S.P., nunca pudo controvertir las pruebas que estaban en la citada página web, en tanto jamás tuvo acceso a ella durante el proceso y porque, según afirmó, el Presidente del Tribunal indicó que esas fueron las pruebas que se tuvieron en cuenta al momento de proferir el laudo.

7.3.3. Consideraciones de la Sala en relación con los argumentos de la recurrente.

i) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar la inspección judicial al sitio de la obra.

Revisado el expediente, encuentra la Sala que la prueba de la inspección a la obra fue oportunamente solicitada, toda vez que se pidió con el escrito de respuesta presentado frente a la demanda formulada por la parte convocante¹⁷¹, lo cual debía hacerse de ese modo de conformidad con lo dispuesto en el sub-numeral 2º del numeral I de la Orden Procesal No. 1, según el cual, a la demanda principal y a su contestación, así como a la demanda de reconvención y a su contestación, se debía adjuntar, entre otros, la solicitud de inspección a la obra o a otros lugares.

Asimismo, cabe resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el sub-numeral (vii) del numeral 2º de la Orden Procesal No. 1, Quinter, la solicitud fue oportuna, toda vez que según esta disposición a las demandas debía adjuntarse o incluirse, entre otros aspectos, la solicitud de inspecciones a la obra o a otros lugares o cosas, siempre que se tratara de verificar hechos o situaciones relacionados con las materias objeto del debate¹⁷².

Encuentra también la Sala acreditado que la prueba no fue decretada y, por tanto, se ubica en el primer supuesto de la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, sin embargo, como ya se dijo, para que la causal prospere es necesario que dicha omisión no hubiere tenido sustento legal, hubiere incidido en la decisión y se hubiere alegado en el tiempo y la forma debidos.

Pues bien, según acta de audiencia del 14 de febrero de 2008, el Tribunal Arbitral, al hacer alusión a la referida inspección a la obra, manifestó que tras dos semanas de audiencias y dadas las exposiciones extensas y de alta calidad de los peritos, no era necesario, en ese momento procesal, realizarla. No obstante, advirtió que se reservaba la posibilidad de decretarla si con posterioridad a la vista de los escritos de alegaciones surgieran algunas dudas que lo impusieran.

Como lo expresó ISAGEN, la inspección finalmente no fue decretada ni practicada, sin embargo, dicha determinación fue debidamente justificada en razón de la necesidad de la prueba y, además, la decisión que en ese sentido se adoptó encuentra un sustento normativo, por cuanto en la Orden Procesal No. 1 y de manera reiterada en las Órdenes Procesales No. 1 bis y en la No. 1 Ter, se indicó que: *“en caso de controversia respecto de la legalidad, la pertinencia o la utilidad de la prueba, **el Tribunal adoptará la decisión correspondiente**, todo lo anterior en sustento de lo que se afirma, niega o refuta en cada memorial...”*.

Adicionalmente, resulta necesario también destacar que para adoptar dicha decisión el Tribunal escuchó previamente tanto a la parte convocante como a la convocada, quienes al ser preguntadas respecto de que si había alguna prueba que hubiere sido pedida y no se hubiere podido evacuar, se pronunciaron de la manera que sigue:

“DR. DE BRIGARD: No, presidente las que no se pudieron evacuar no fue por cuestiones del Tribunal sino por terceros.

(...)

DR. FERNANDEZ - ARMESTO: De parte de los demandados?

¹⁷¹ Prueba R-19, sección XII. I.V.A.

¹⁷² Cuaderno denominado Acta de Misión y Ordenes Procesales.

DR. ZULETA: Había una prueba que se había pedido conjuntamente que era la visita a la obra, una prueba que estaba pedida y estaba pendiente, que es prueba pedida por ambas partes.

(...)

DR. DE BRIGARD: Presidente (...) creo que hoy en día el Tribunal podría perfectamente dibujar la obra sin necesidad de ir a verla, de manera que de nuestra parte no entendemos que haya necesidad de hacerla (...).

DR. ZULETA: A ver por el lado de la parte demandada, nuestro cliente y hay (sic) que quiero hacer una distinción, nuestro cliente ha insistido y por el lado del consorcio Miel también hubo alguna insistencia de la visita a la obra y la consideraban importante, sin embargo si el Tribunal tiene sin necesidad de la visita, la ilustración suficiente pues será decisión del Tribunal si lo hace o no lo hace, eso ya depende de, como lo dice Luis, si (...) tienen suficiente ilustración sin necesidad de ir a la obra, pues podrá entonces fallar sin eso, que hemos recorrido la obra de arriba abajo suficiente ilustración en cuanto todos sus aspectos para tomar una decisión sobre el particular”.

Considera la parte recurrente que el Tribunal de Arbitramento violó sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, por cuanto *“incurrió en grave error de actividad procesal en relación con la prueba de inspección judicial solicitada, pues, con evasivas, se limitó a decir que se reservaba la posibilidad de decretarla, lo que nunca hizo, jamás volvió a referirse a la aludida ‘reserva’, nunca se pronunció ni para negar ni para decretar la prueba, omisión que condujo a que ISAGEN S.A. E.S.P., no tuviera la oportunidad de recurrir el no decreto de la prueba...”*.

Sobre ese particular, resulta evidente para la Sala que la determinación de no decretar la prueba se adoptó de manera clara en la audiencia del 14 de febrero de 2008 con sustento en que no era necesaria para resolver la controversia puesta en conocimiento del Tribunal de Arbitramento, hecho que no cambia por haberse reservado éste la *“posibilidad”* de decretarla con posterioridad, eventualidad que quedó sujeta a que después de la lectura de los alegatos surgieran dudas que determinaran la necesidad de su práctica, sin embargo, tal eventualidad no ocurrió y, por tanto, no estaba el Tribunal obligado a pronunciarse nuevamente al respecto.

Así las cosas, razonable resulta concluir que la oportunidad debida para alegar respecto de la negativa a decretar la prueba se dio en el curso de la mencionada audiencia, sin embargo y contrario a lo que pudiera considerarse como una objeción, la parte recurrente asintió en el sentido de manifestar que si el Tribunal consideraba tener la suficiente ilustración para resolver sin necesidad de practicar la visita podría resolver sin llevar a cabo la inspección a la obra, afirmación ésta con la que dejó libre de reparos la determinación que al respecto adoptó el fallador.

Finalmente y a pesar de que los argumentos expuestos constituyen sustento suficiente para rechazar la causal de anulación propuesta - *únicamente en lo que se refiere al cargo que hasta aquí se ha analizado* -, considera la Sala necesario precisar que el requisito de la incidencia de la prueba no decretada o no practicada en el fallo no se cumple con realizar una mera afirmación al respecto,

sino que, como ya lo ha dicho esta Corporación¹⁷³, corresponde al recurrente **acreditar** dicha circunstancia, lo que implica un esfuerzo argumentativo que permita establecer *“la virtualidad de la prueba para demostrar la existencia de un hecho litigado que de origen a un derecho”*¹⁷⁴ y que, por tanto, implique que la decisión final del Tribunal de Arbitramento hubiere podido variar con la presencia del respectivo medio demostrativo.

En consideración a lo anterior, la afirmación realizada por la parte recurrente en el sentido de manifestar que *“Ninguna duda existe frente a la gran incidencia que tenía la inspección judicial al sitio de la obra para el descubrimiento de la verdad real y procesal, pues, con ella habrían quedado perfectamente claros los hechos invocados por mi procurada y se habrían desvirtuado los alegados por la demandante, por ejemplo, los reclamos programáticos que presentó la convocante, los que quedaron sin constatar por no haberlos inspeccionado en la obra, como en muchas ocasiones lo alegó la convocada ante el Tribunal”*, no puede considerarse como suficiente para que pueda tenerse por cumplido este requisito, más aún cuando la prueba no fue decretada por considerarse innecesaria dada la suficiente ilustración con la que se dijo contar al respecto, cuestión acerca de la cual la propia recurrente se mostró conforme y dio su asentimiento.

ii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar pruebas oportunamente solicitadas, las que tuvieron incidencia en la decisión y cuyo reclamo fue hecho por ISAGEN S.A. E.S.P., en forma y tiempo debidos.

En este punto la parte recurrente hizo referencia a la exhibición de documentos que solicitó con la respuesta de la demanda¹⁷⁵ y en la demanda de reconvencción¹⁷⁶, específicamente, a los *“contratos celebrados por el Consorcio”*, o por las sociedades que lo conforman, con terceros para la ejecución de las obligaciones relacionadas o derivadas con el contrato MI-100, así como las actas de liquidación y las cuentas de pago, sin embargo, según se afirma, la parte demandante, a pesar de haberse decretado la prueba, no aportó ni exhibió los referidos documentos.

¹⁷³Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 3 de febrero de 2010, expediente 36364, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio: “Como puede apreciarse, la causal [Se refiere a la causal 4 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998] está consagrada para cuando se presente uno cualquiera de los siguientes eventos: a) no se decretan las pruebas oportunamente pedidas; y b) a pesar de haberse decretado las pruebas oportunamente pedidas, se dejan de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas.

Con cualquiera de las dos situaciones anotadas debe concurrir la insistencia de la parte en la práctica de la prueba, esto es, que el interesado debió reclamar esas omisiones, en la forma y tiempo debidos; **así como también debe acreditarse la incidencia de la prueba omitida en la decisión adoptada en el laudo, esto es, su carácter de determinante en la solución del conflicto, o sea, su virtualidad para demostrar la existencia de un hecho litigado que de origen a un derecho, en tanto “...no basta que las pruebas pedidas por las partes cumplan con el requisitos de conducencia y pertinencia, es necesario que sean eficaces al punto que produzcan en el juez o en el árbitro, el convencimiento que necesita para decidir...”**¹⁷³

Finalmente, **la demostración de estos aspectos corre por cuenta del recurrente en el trámite del recurso extraordinario**” (Se destaca).

¹⁷⁴Ibídem.

¹⁷⁵Sección B.1.4.

¹⁷⁶ Sección 3.A. literal h

De otra parte, señaló que el Tribunal omitió lo necesario para procurar que la convocante respondiera las preguntas contenidas en la Orden Procesal No. 3 de 6 de diciembre de 2007, pues ésta se negó hacerlo.

Sobre este particular alega la parte recurrente que, pese a los reclamos que presentó al respecto - *lo que hizo a través de la comunicación R-58 del 21 de octubre de 2007* -, el Tribunal de Arbitramento no realizó gestión alguna para que la convocante exhibiera todos los documentos ordenados.

Pues bien, en este punto de la apelación cabe destacar que los requisitos exigidos para que la causal alegada se configure deben cumplirse en su integridad, de tal forma que si uno de ellos no se encuentra acreditado resulta entonces imposible declarar la existencia de la misma.

Así pues, aún cuando la parte convocante no hubiere exhibido los documentos a los que se ha hecho referencia ni dado respuesta a las preguntas contenidas en la Orden Procesal No. 3 de 6 de diciembre de 2007, lo cierto es que el recurso en este punto tampoco cumple con el requisito de determinar la incidencia de la falta de tales pruebas en relación con la decisión adoptada en el laudo y, por tanto, tampoco es posible acceder a decretar la configuración de la causal cuarta del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 por este motivo.

En efecto, la parte interesada únicamente se limitó a señalar que las pruebas referenciadas "*eran todas de suma incidencia o trascendencia para demostrar el incumplimiento del Consorcio contratista*", sin embargo, tal afirmación no se acompañó de soporte argumentativo alguno.

A pesar de que en la contestación a la demanda y en la demanda de reconvención se señalaron de manera general dos incumplimientos - *la entrega tardía de la obra y el exceso de volúmenes de descarga de agua en el embalse* - éstos, según se narró, se derivaron de una multiplicidad de causas, sin embargo, la aseveración que viene de ser transcrita no da cuenta en forma alguna a cuál de los incumplimientos ni a cuál de las causas se refiere y aún cuando en gracia de discusión debiera entenderse que se refiere a todos ellos, tampoco da cuenta de la forma en que tales pruebas llegarían a demostrarlos.

La anterior circunstancia pone en evidencia la importancia de cumplir con la carga argumentativa que corre a cargo de la parte interesada para acreditar la incidencia de la prueba ausente en la decisión arbitral final, más aun cuando en este caso se afirmó que la parte convocante incurrió en diversas y numerosas causas que dieron lugar a incumplimientos al contrato y al exceso de volúmenes de descarga de agua en el embalse. Por solo nombrar algunas, en la demanda de reconvención se hizo alusión a las siguientes: retraso para terminar el sistema de control total, dentro de él se cuentan, entre otros, el retraso en los diseños del control total, en su suministro, montaje y pruebas; retraso para terminar el sistema de telecomunicaciones; incumplimientos relacionados con el montaje de la unidad de generación No. 1; atraso en el montaje del sistema de desagüe y descargue, además de que el montaje de 4 bombas, según se dijo, se hizo de manera incorrecta, retraso en el diseño del sistema contra incendio, atraso en actividades de inyecciones y contención pozo de compuertas, montaje guía compuerta, cota 383,5-446, montaje guía compuerta final, concreto 2ª etapa compuerta cota 383,5-446, concreto 2ª etapa guía de la compuerta, entre muchos otros.

De otro lado, en la parte final de la sustentación de este cargo, al referirse al documento que contenía las excepciones de transferencia en bloque de la

pretendida aportación y el señalamiento de los bienes y contratos que fueron aportados, se indicó que *“La conducta omisiva del Tribunal fue trascendente y determinante para el laudo, hasta el punto de que si se hubiera adoptado las medidas necesarias para que se adoptara el anexo sub G del ‘Conferimiento de Complesso Aziendale’, habría llegado a la conclusión de que el consorcio contratista incumplió el contrato y, coherentemente, habría negado todas las peticiones de la convocante, accedido a las de la convocada y absuelto a ésta en su totalidad”*.

Al igual que en el caso anterior, en éste la afirmación realizada tampoco es suficiente para tener por establecido el requisito relativo a la incidencia de la prueba no decretada o no practicada en el fallo arbitral, toda vez que no se informó, ni siquiera de manera sucinta, en qué forma el documento citado hubiere dotado al Tribunal de Arbitramento de los elementos de juicios necesarios para determinar el incumplimiento del contratista - *incumplimiento que no se determinó en forma específica* - y, además, para acceder a las peticiones del contratante - *sin referirse concretamente a cuáles* - y absolverlo de toda responsabilidad.

iii) El Tribunal Arbitral, sin fundamento legal, omitió requerir a la convocante para que entregara a los peritos información de gran incidencia para la realización de su trabajo.

Sobre este cargo del recurso sostuvo la parte convocada que las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Alstom Brasil y Kvaerner Energy A.S., se negaron a suministrar a los peritos contables los documentos relativos a los *“Presupuestos y ejecución presupuestal (ingresos, costos y gastos), relacionados con el contrato de obra MI-100”*.

También señaló que las sociedades antes mencionadas junto con Alstom Power Italia S.P.A., hicieron caso omiso a la orden de exhibición de las *“Actas de Asamblea de Accionistas, y de Junta Directivas, y libros de Accionistas que guarden relación con el Contrato de obra MI-100 desde mayo de 1994 hasta la fecha de exhibición.”*

Al respecto, la Constructora Norberto Odebrecht S.A., al igual que Alstom Brasil Ltda., y Kvaerner Energy A.S., manifestaron que no había un presupuesto que hiciera parte de la contabilidad. La parte convocante en la contestación del recurso reiteró que no contaba con los referidos documentos.

En cuanto a las actas de asamblea y de juntas directivas relacionadas con el contrato Miel - 100, consta en la Orden de Operaciones No. 2 que la Constructora Norberto Odebrecht, Alstom Brasil y Kvaerner Energy, se opusieron a la prueba porque manifestaron que la misma no existía en la sucursal de Colombia, por cuanto en ella no se llevaban libros de accionistas ni de junta directiva.

Igualmente, en lo que a tal manifestación se refiere, se observa que en la referida Orden Procesal, el Tribunal de Arbitramento manifestó, como ya lo había hecho respecto de algunos documentos que se habían solicitado a la parte convocada, que *“respeto este argumento y recuerda que tanto el Tribunal como la demandada son libres de inferir las consecuencias que se estimen pertinentes ante esta alegación de inexistencia”*.

Pues bien, queda entonces claro para la Sala que los documentos a los que se refiere este cargo no obran en el expediente, no obstante, como ya se ha manifestado, esa circunstancia no constituye causa suficiente para que se declare

la existencia de la causal cuarta del artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, toda vez que deben concurrir los demás requisitos a los que el mencionado artículo se refiere, sin embargo, se encuentra que el referido a la incidencia de la prueba en relación con el laudo arbitral en este caso tampoco se acreditó.

En efecto, para dar cumplimiento a dicho requisito la parte recurrente manifestó únicamente que: *“De suma trascendencia o incidencia resultaba allegar las pruebas a que se acaba de hacer alusión, dado que si éstas se hubieren aportado al proceso, habría quedado fehacientemente demostrado, de una parte, el cumplimiento de la convocada y, de otra, el grave incumplimiento de la convocante y, coherentemente, el laudo hubiera sido totalmente diferente”*.

De lo anterior y teniendo en cuenta que, conforme lo ha manifestado esta Corporación al referirse a la causal de anulación que en este momento se estudia, *“... no debe olvidarse que esta causal tiene alcance limitado, porque se configura sólo cuando la omisión del juzgador tiene incidencia en lo decidido...”*¹⁷⁷, emerge con claridad para la Sala que, al igual que en los anteriores eventos, en éste la manifestación transcrita no dejó de ser una mera afirmación carente de sustento argumentativo y demostrativo y, por tanto, tampoco puede ser tomada en cuenta para dar por demostrada la causal de anulación con cuyo sustento se invocó.

iv) “Nulidad de pleno derecho porque se violó el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el laudo se profirió con base en pruebas ilegalmente aportadas”.

Para resolver sobre este punto del recurso cabe insistir en que, como se dijo en la parte inicial de este acápite de la providencia, no es la ***“Nulidad de pleno derecho porque se violó el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el laudo se profirió con base en pruebas ilegalmente aportadas”*** una causal diferente a la prevista en el numeral 4º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y, por tanto, para que la misma prospere es necesario que cumpla con los requisitos legales establecidos para el efecto. Preciado lo anterior, procede entonces la Sala a pronunciarse sobre este aspecto del recurso.

La parte recurrente señaló que se debe declarar la nulidad del laudo arbitral por cuanto las pruebas en que éste se soportó fueron aportadas de manera ilegal, en razón a que el Tribunal de arbitramento *“Permitió que la convocante aportara nuevos documentos fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal”*, *“Permitió que la convocante aportara nuevo dictamen pericial fuera de la oportunidad establecida en la orden procesal”* e *“Impidió que ISAGEN S.A. E.S.P. tuviera acceso y controvirtiera las pruebas aportadas por el Consorcio, contenidas en su página web”*.

Revisada la petición realizada, observa la Sala que, al igual que en los anteriores eventos, en este tampoco la parte interesada acreditó que las *“pruebas ilegales”* a las que hace referencia hubiesen tenido incidencia en la decisión que adoptó el Tribunal de arbitramento en el laudo objeto del recurso, toda vez a pesar de que en la sustentación del cargo se afirmó que fue con respaldo en éstas que se soportó el laudo, lo cierto es que no se expusieron en manera alguna los razonamientos que así permitieran inferirlo, carga argumentativa que, como ya se ha dicho, corría a cargo de la parte recurrente.

¹⁷⁷Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencial del 31 de enero de 2011, expediente 37788, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

En efecto, en lo que hace a los documentos que supuestamente fueron aportados por fuera del término dispuesto para ello, la parte interesada únicamente adujo que con estos la convocante reformó y completó la demanda inicial y agregó nuevas pruebas y argumentos, sin embargo, no indicó cuáles eran esas nuevas pruebas y argumentos, así como tampoco señaló en qué incidieron en la decisión final adoptada en el procedimiento arbitral.

En lo que respecta al dictamen pericial que indica la demandada fue aportado por fuera de la oportunidad procesal establecida para el efecto, en el memorial por medio del cual se sustentó el recurso de anulación se manifestó que *“la convocante, faltando a la verdad, afirmó haber puesto a disposición de la demandada el Archivo Fuente del Programa Impactado, elaborado en el software o Programa Primavera Project Planner.”*, pero que *“La verdad es que tales archivos no fueron entregados por la demandante, hecho que se le puso de presente a ISAGEN S.A. E.S.P., mediante comunicaciones del 6 de octubre y 7 de noviembre DE 2006.”*

Se afirmó también que a pesar de haberse solicitado la entrega de los archivos fuente correspondientes a los programas con sustento en los cuales el perito A2 Group rindió el dictamen pericial, esto es, los denominados “PROJ”, “P3AP” y “P3AC”, la parte convocante no los entregó aduciendo razones de privacidad y confidencialidad, no obstante lo cual, con posterioridad y alegando cumplir con su obligación, mediante comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006 entregó a ISAGEN S.A. E.S.P., *“un CD con las programaciones fuente del peritaje A2[...], y aprovechó para introducir un nuevo dictamen pericial programático, con lo cual no sólo contrarió el procedimiento sino la buena fe procesal que se deben las partes”*.

Igualmente, la parte recurrente indicó que con la citada comunicación se introdujo al proceso un nuevo dictamen pericial, por cuanto el archivo fuente “P3AP” no corresponde al mismo programa que fue elaborado por el perito A2 y aportado como prueba C-91, circunstancia ésta que, según señala, resulta evidente a partir de lo manifestado por el consorcio convocante en la comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006, en la que informó:

“Al revisar la Programación P3AP que se transcribió en el dictamen [...] detectamos algunas inconsistencias de fechas de inicio y terminación tardías, que se repiten en la programación P3AC [...] inconsistencias que el Perito A2 atribuye a que en la copia incluida en el dictamen, se introdujo por error como fecha de terminación del proyecto el 22 de junio de 2002 (esto es la fecha contemplada en el Contrato MI-100 original) y no la del 9 de octubre de 2002 (fecha de terminación en el Acuerdo Contrato Adicional No. 1). Sin embargo, el perito anota al respecto [...] que ‘si se toma esta programación P3AP, se elimina la condicionante de finalización del proyecto para el 22 de junio de 2001 y se recalcula, se obtendrán las fechas de inicio y terminación tardías originalmente contenidas y pactadas en el mencionado Acuerdo”.

Según afirma la parte recurrente, el dictamen pericial A2 Group se rindió con base en los archivos fuente “PROJ”, “P3AP” y “P3AC”, sin embargo, el archivo “P3AP” entregado por la parte convocante mediante comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006 - *en cumplimiento a la petición realizada por ISAGEN S.A. E.S.P., con el objeto de que le fueran entregados los citados archivos -*, es diferente al archivo “P3AP” transcrito en el dictamen pericial A2 Group y, por tanto, con su incorporación al expediente la parte convocante lo que hizo fue introducir al proceso de manera extemporánea un nuevo dictamen programático.

En ese contexto, sea lo primero precisar que la presunta ilegalidad de la prueba deviene, según lo expresado por ISAGEN .S.A. E.S.P., no del dictamen pericial A2 Group inicialmente rendido con sustento en los archivos fuente “PROJ”, “P3AP” y “P3AC”, sino del archivo fuente “P3AP” en la versión correspondiente al texto que fue aportado, según la demandada, de manera extemporánea mediante comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006, razón por la cual correspondía a la parte demandada establecer, además de la ilegalidad de la citada prueba, que ésta en efecto hubiese servido de sustento a las decisiones que adoptó el Tribunal de Arbitramento al resolver el conflicto puesto en su conocimiento, es decir, como lo exige el numeral 4 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, su incidencia en la decisión que se ataca.

No obstante lo anterior, observa la Sala que la parte interesada en el recurso de anulación únicamente señaló que el archivo fuente “P3AP”, a pesar de su supuesta ilegalidad, sirvió de sustento a la decisión arbitral objeto del recurso extraordinario de anulación, sin embargo, no especificó en manera alguna qué aspectos de la decisión arbitral fueron soportados con la supuesta “prueba ilegal”, así como tampoco en qué forma o en qué sentido se habría afectado la resolución del conflicto, circunstancia ésta que, se insiste, es de cargo de la parte recurrente y, además, no resulta posible darla por establecida a partir del texto del laudo cuya anulación se solicita, por cuanto el Tribunal de Arbitramento en las consideraciones en las cuales se refirió al dictamen pericial A2 Group lo hizo de manera genérica sin distinguir específicamente si se refería al texto original de la prueba, o, en lo que se refiere al archivo fuente “P3AP”, al texto entregado por la parte convocante con la comunicación C-37 del 15 de diciembre de 1996, tal y como se expone a continuación:

En el segundo apartado (ii) del tercer ordinal tercero (iii) del acápite “2.10. CRITICA GENERAL DE LA PRUEBA”, el Tribunal de arbitramento se pronunció respecto de las objeciones que fueron presentadas por la parte demandada en relación con la admisibilidad¹⁷⁸ y el objeto mismo del dictamen pericial A2 Group¹⁷⁹, objeciones frente a las cuales manifestó lo siguiente:

¹⁷⁸ Entre otros aspectos descritos por el Tribunal acerca de las objeciones que fueron presentadas por la parte demandada en relación con la admisibilidad del dictamen pericial A2 Group, se destaca la que resulta pertinente para el estudio de la causal de nulidad alegada, así:

“Admisibilidad del peritaje A2 Group.

87. La Orden Procesal no. 1 Quarter señaló que ambas partes habían de presentar el 2 de marzo de 2006 sus memoriales de demanda arbitral y de demanda de reconvencción, a las cuales se adjuntarían los dictámenes periciales de expertos designados por la parte. En opinión de la Demandada esto implica que las supuestas correcciones al dictamen A2 Group presentadas por la Demandante junto con la pericial contable, se presentaron de forma extemporánea y supone un nuevo documento que no debe ser tenido en cuenta por el Tribunal.”.

¹⁷⁹ Entre otros aspectos descritos por el Tribunal respecto de las objeciones que fueron presentadas por la parte demandada en relación con el dictamen pericial A2 Group, se destaca la que resulta pertinente para el estudio de la causal de nulidad alegada, así:

“Crítica del dictamen de A2 Group

(...)

91. Rechaza la Demandada la programación actualizada que realiza A2 Group en el software Primavera Project Planner, por no ser la programación aprobada en el ACA n° 1. El programa aprobado por la propietaria con el ACA n° 1 fue el Microsoft Project, sin embargo el Primavera Project Planner es – según explica la Demandada – ‘el resultado de modificar las fechas y plazos de terminación de casi la mitad de las actividades contenidas en el programa de construcción aprobado en el ACA N° 1’”.

“Decisión del Tribunal

99. *El Tribunal Arbitral toma nota de las objeciones a la prueba pericial formuladas por la Demandada y declara que ha tenido en cuenta sus argumentos en la valoración de la prueba pericial en cada reclamo concreto.”.*

Posteriormente, se encuentra en el laudo que el dictamen pericial A2 Group fue citado, sin especificación alguna respecto del archivo fuente “P3AP”, para resolver el **“RECLAMO N° 128: ENTREGA TARDÍA DE LOS PLANOS DE EXCAVACIÓN DEL PORTAL DE ENTRADA”**, en cuanto al tema de *“(ii) Consecuencias de la modificación de los planos”*, prueba con fundamento en la cual únicamente se señaló, en lo que a este aspecto concierne, que estaba previsto iniciar la actividad de excavación y contención del portal de entrada del TdD el 23 de febrero de 1998.

Así mismo, encuentra la Sala que el Tribunal de Arbitramento hizo alusión al mencionado dictamen pericial, también de manera genérica, al resolver acerca del **“RECLAMO N° 153: SOBRECOSTES POR LA PÉRDIDA GENERALIZADA DE PRODUCTIVIDAD”**, cuando al tratar el tema del *“Cumplimiento programático”* indicó que *“... La Demandante estima que hubiera tenido derecho a una extensión del plazo en 381 días. La cifra se deriva del peritaje A2 Group, cuya fuerza probatoria la Demandante (sic) ha criticado. Tras valorar ampliamente ambas posturas, el Tribunal concluye que, aun si la cifra de 381 días probablemente sea exagerada, el Contratista sin lugar a dudas, hubiera tenido derecho a una extensión del plazo y a que esta se reflejara en una modificación del PDC.”*

Finalmente, en tratándose del mismo reclamo pero esta vez en lo que respecta al tema de la *“Cuantificación del daño”*, se observa que el dictamen pericial, aunque fue citado en las consideraciones que sobre este aspecto se expusieron, no fue tenido en cuenta para establecer la cuantía de los presuntos perjuicios padecidos por la demandante como consecuencia del supuesto incumplimiento del deber de actuar de buena fe por parte de la Propietaria. En efecto, en lo que a este aspecto se refiere los árbitros discurrieron de la manera que sigue:

El Tribunal de Arbitramento señaló que el contratista había desarrollado y presentado en el arbitraje una metodología de cálculo del daño que dijo haber sufrido, metodología de cálculo que fue realizada con base en los retrasos informados por el perito A2 Group y revisada por el perito R&U, división de trabajo que a juicio de los árbitros *“no afecta el valor de la prueba, siempre que el perito, haciendo suyos los argumentos de la parte, emita una opinión con respecto a la corrección y razonabilidad de la totalidad de la prueba”*, sin embargo, se manifestó que *“El problema en este caso es que el perito R&U, al convalidar el cálculo presentado por el Consorcio, expresa dudas sobre algunos de los elementos de la cuantificación...”*, entre ellos *“el paso tercero, en el que se determina para cada una de las actividades el retraso de días de responsabilidad de la Propietaria”* aspecto éste en el que la parte Convocante, según indica el Laudo, se remite al informe del experto programático A2 Group, *“quien acredita que ha revisado todos los reclamos programáticos e identificado los retrasos que considera imputables a la Propietaria”*, no obstante lo cual el Tribunal señaló que *“... no tiene acceso a la motivación que llevó en cada caso al perito a decidir que un retraso fue imputable a la Propietaria”*.

Como corolario de lo anterior, el Tribunal indicó que aún cuando había concluido que existió un incumplimiento del deber de actuar de buena fe por parte de la Propietaria y que dicho incumplimiento generó un daño a CON, consistente en una PGP, constató que la cuantificación del daño se encuentra parcialmente ratificada por los peritos, sin embargo, *“persisten ciertas debilidades en distintos elementos probatorios, que llevan al Tribunal a concluir que la cifra reclamada no es un reflejo fiel del daño sufrido”*, razón por la cual acudió a los criterios de equidad para determinar la cuantificación del daño.

Finalmente, cabe también advertir que en ninguna parte de la providencia arbitral el Tribunal hizo alusión al archivo fuente *“P3AP”* como una prueba autónoma con sustento en la cual respaldara alguna de sus determinaciones.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que la parte demandada no estableció, como era de su cargo hacerlo, que la supuesta *“prueba ilegal”* hubiere tenido incidencia alguna respecto de la decisión final adoptada en el laudo arbitral, pues nada indicó para efectos de determinar que los argumentos que se soportaron en el dictamen pericial A2 Group hubieren tenido sustento en el archivo fuente *“P3AP”* allegado por la convocante mediante la comunicación C-37 del 15 de diciembre de 2006, de donde se alega la presunta ilegalidad de la prueba, incidencia que, como viene de verse, tampoco es posible dar por sentada a partir del texto de la mencionada providencia y, en consecuencia, este argumento del recurso no tiene la virtualidad suficiente para anular el laudo arbitral demandado o parte de él.

Por otra parte, en lo atinente a la supuesta imposibilidad de ISAGEN S.A.E.S.P., de acceder y controvertir las pruebas aportadas por el Consorcio convocante contenidas en su página web, la parte recurrente señaló que sólo se enteró de la existencia de la misma el 6 de agosto de 2010, cuando el presidente del Tribunal envió una comunicación al Consejo de Estado en cuyo punto 22 señalaba que las pruebas de la parte convocante estaban en una página web a la que tenía acceso mediante una clave que le suministró el Consorcio.

Al respecto, una vez revisado el expediente observa la Sala que mediante comunicación del 6 de agosto de 2010¹⁸⁰, el Presidente del Tribunal de Arbitramento, señaló:

“XII. PUESTA A DISPOSICIÓN

22. Las partes han presentado numerosísima prueba testifical, pericial y documental. Por su inmenso volumen, es imposible adjuntarla a este escrito, incluso en formato digital. La prueba aportada por las Demandantes se encuentra en su mayoría en la página web ‘http://www.consorciomiel.net’. Para acceder a ella las Demandantes facilitaron al Tribunal Arbitral el nombre de usuario ‘www.consorciomiel.net/odebrecht’ y la contraseña ‘gPJIPALw’. La prueba aportada por la Demandada fue presentada parcialmente en soporte papel y parcialmente repartida en un gran número de DVDs”

Y más adelante informó que:

“23. Si bien las partes obviamente cuentan con copia de todos los documentos, escritos y resoluciones que conforman el expediente, el

¹⁸⁰ Folios 56 a 62 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

Tribunal queda a disposición de la H. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para remitir cualquier otro documento que ésta considerase necesario.”

Posteriormente, según se lee en la comunicación de 14 de septiembre de 2011¹⁸¹, el Presidente del Tribunal de Arbitramento remitió con destino a esta Corporación y no el Consorcio Miel como erradamente se señaló en el recurso, *“la totalidad de los cuadernos que integran el proceso arbitral de referencia y que complementan el envío ya realizado el 6 de agosto del pasado año, dando así por atendida la petición formulada por esta Exma. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia el 21 de julio de 2011”*.

Pues bien, a partir de lo manifestado por el Presidente del Tribunal de Arbitramento en la comunicación del 6 de agosto de 2010, en concordancia con su comunicación del 14 de septiembre de 2011, es posible establecer que, como lo señaló la parte recurrente, existe una página web en la que reposan varias pruebas de la parte demandante, no obstante, no es posible determinar a partir de esta afirmación que las pruebas que obran en dicho medio electrónico no se encuentren o sean unas diferentes a las que obran en medio físico en el expediente.

En efecto, además de haberse señalado en el oficio del 6 agosto de 2010 que las partes cuentan con copia de todos los documentos, escritos y resoluciones que conforman el expediente, una vez revisado el texto del laudo arbitral cuya anulación se pretende, no encuentra la Sala en parte alguna que el Tribunal hubiere sustentado sus consideraciones y sus decisiones en pruebas diferentes a las que obran en él y que estuvieran contenidas en la página web <http://www.consorciumiel.net>, es más, en el laudo no se hizo alusión alguna a la existencia de la citada dirección electrónica.

Así entonces, si, como lo señaló la parte recurrente, el Tribunal al proferir su decisión se basó en pruebas que se encontraban en una página web y que, según afirmó, no pudo controvertir porque no tuvo acceso a ellas, era de su cargo establecer a cuáles medios demostrativos se refería y en qué aspectos incidieron éstos en la decisión final que se adoptó en el laudo arbitral, sin embargo, ISAGEN S.A. E.S.P., teniendo la posibilidad de hacerlo porque conocía el texto de la providencia y, por tanto, tenía elementos de juicio suficientes para determinar las supuestas pruebas que no pudo debatir, guardó silencio al respecto.

La importancia de que la parte recurrente señale y argumente la incidencia de la prueba viciada de nulidad respecto de la decisión que se objeta se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, como de manera acertada lo refirió el Ministerio Público siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, la sanción que se predica de la prueba obtenida con violación del debido proceso es la exclusión de ese solo medio demostrativo y no la contaminación de todo el caudal probatorio y a partir de ello la invalidación del respectivo proceso, hecho que sólo tendría lugar si no existieran dentro del plenario otras pruebas válidas y determinantes con sustento en las cuales hubiera sido posible proferir una determinada decisión, o cuando esa prueba hubiera sido la única obrante en el proceso.

¹⁸¹ Folios 320 y 321 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

Así entonces, dado que la parte interesada no argumentó ni acreditó que las pruebas a las que hizo referencia hubiesen tenido incidencia en el laudo arbitral objeto del recurso, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

7.4. “Haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga (artículo 163 [5] del Decreto 1818 de 1998)”.

7.4.1. Consideraciones de la Sala sobre la causal alegada.

Se ha pronunciado la Sala respecto del plazo en el cual los árbitros deben proferir el respectivo laudo, en relación con los procedimientos que se rigen por las normas nacionales, en los siguientes términos:

“(…), la norma vigente, en cuanto al término con que cuentan los tribunales de arbitramento, para decidir la controversia a ellos sometidas, es el art. 103 de la ley 23 de 1991, según el cual, a falta de plazo convencional, el término legal es de seis (6) meses y se puede prorrogar por otros seis (6), a solicitud de las partes o de sus apoderados expresamente facultados para el efecto. Además, al término indicado se adicionarán los días en que, por causas legales, se interrumpa o suspenda el proceso.

“No se puede perder de vista que, frente a esta regulación, la ley 80 de 1993, art. 70, inc. 4, contempla la posibilidad de ampliar de oficio el término de duración del tribunal de arbitramento hasta por la mitad del inicialmente fijado o del legalmente establecido, siempre que fuere necesario para la expedición del laudo; esta es una diferencia con el procedimiento civil, pues, a términos de la ley 80, la ampliación no puede exceder de la mitad del que corresponda¹⁸², mientras que, en la ley 23 de 1991, la prórroga no puede exceder de 6 meses, cualquiera sea el origen del plazo del tribunal -el convencional o el legal-.

“Existe, además, otra diferencia importante: en el procedimiento regido por el derecho procesal civil la prórroga debe ser solicitada por las partes del proceso, o por lo menos los apoderados expresamente facultados por ellas, mientras que, según la ley 80, puede ser decretada de oficio o a solicitud de las partes. El Tribunal optó por aplicar esta última ley, pues, el 10 de marzo de 2005 amplió, de oficio, el plazo para expedir el laudo, por 3 meses más.

“Estas diferencias y semejanzas son importante para definir este recurso porque, dependiendo de la ley que rija el procedimiento del tribunal de arbitramento, será posible o no ampliar de oficio el término legal o convencional.”¹⁸³

La Sala de Subsección, en reciente providencia se pronunció respecto de las prórrogas surtidas para la expedición del laudo arbitral, en el sentido de que los árbitros pueden hacerlo cuando la complejidad del asunto lo aconseje como considere necesario para la expedición del laudo arbitral. Al respecto así se pronunció:

¹⁸² Original de la sentencia en cita: Sin embargo, nada obsta para que el plazo del arbitramento se amplíe por un término superior, cuando sean las partes quienes lo acuerden, en vista de que la ley 80 no establece un límite para un supuesto como éste.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 24 de 2006, Expediente 31024, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

“Los principios de temporalidad¹⁸⁴ y voluntariedad¹⁸⁵ que cimientan la institución del arbitraje¹⁸⁶ permiten desentrañar la correcta hermenéutica de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 70 de la ley 80 de 1993, relativo a la cláusula compromisoria, aplicable al procedimiento arbitral en el cual se produjo el laudo sub - iudice, como se ha venido diciendo, inciso que dice:

“Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo”.

“El artículo 228 del decreto 1818 de 1998 consagra la misma preceptiva, la cual está cimentada sobre los principios antes señalados, en la medida en que permite a los árbitros prorrogar el término pactado por las partes o dispuesto por la Ley para desarrollar el proceso arbitral, cuando sea necesario para la producción del laudo, es decir, cuando se requiera para

¹⁸⁴ Original de la sentencia en cita: La temporalidad es una de las características consustanciales al arbitramento.

Solo ocasionalmente y para precisas materias pueden los particulares ser investidos de la función pública de administrar justicia, de dirimir controversias entre los asociados. No podría pensarse que la función arbitral pudiera ejercerse de manera permanente, pues en tal caso se trataría de un poder jurisdiccional paralelo al que ejerce el Estado, a través de los Jueces y Magistrados, con grave perjuicio para la estructura de aquél y para el orden público (Corte Constitucional, sentencia: C-300 de 2000), así como para la seguridad en el tráfico de las relaciones jurídicas. En nuestro ordenamiento jurídico, la transitoriedad implica que los árbitros están investidos de la función de administrar justicia i) hasta que se dirima la controversia, ii) hasta que se venza el término convencional o legal previsto para adelantar el proceso arbitral, lo que primero ocurra, sin perjuicio de la habilitación táctica de la competencia arbitral, la adición de las suspensiones que se produzcan y las prórrogas, o iii) hasta que las partes acuerden voluntariamente terminar el proceso.

Todo lo anterior permite deducir que la temporalidad es el factor que determina el espacio de tiempo por el cual los árbitros cumplen la función encomendada, de tal suerte que, al fenecimiento del término dispuesto para el trámite arbitral, finaliza el poder de impartir justicia, lo cual significa que cesa tanto la facultad de emitir el laudo, como también su funcionamiento.

¹⁸⁵ Original de la sentencia en cita: el principio de voluntariedad implica que nadie puede ser constreñido a someterse a la justicia arbitral. La decisión de someterse al arbitramento debe estar libre de apremio.

En efecto, el pilar fundamental del arbitramento es la voluntad de las partes (Corte Constitucional, SU-174 de 2007), quienes, a través del acto jurídico - técnico, denominado genéricamente pacto arbitral –cláusula compromisoria o compromiso-, deciden de manera libre y consciente sustraer la controversia del conocimiento de la jurisdicción estatal y habilitan transitoriamente, por autorización de la Constitución Política, a los particulares para dirimir las controversias que se hallan delimitadas por el mismo acto jurídico, en derecho o en equidad; además, fijan el marco dentro del cual debe actuar el Tribunal Arbitral – límite material- y el plazo del proceso –límite temporal-; pero, una vez otorgado el consentimiento, las partes aceptan cumplir la decisión que se adopte, al margen, desde luego, de que la compartan o no.

La voluntariedad implica que los árbitros deben someterse al querer de las partes que les han otorgado la facultad de dirimir sus controversias. No podrían los árbitros tomar decisiones para las cuales no están habilitados como disponer del término del arbitramento, bien sea fijando el plazo máximo para el trámite arbitral o extenderlo más allá del previsto convencional o legalmente, suspender el proceso sin el consentimiento de las partes o sin que medie causa legal que así lo determine, o prorrogarlo sin que exista autorización de las partes o del ordenamiento jurídico que rige el procedimiento arbitral en cada caso específico.

¹⁸⁶ Original de la sentencia en cita: El arbitraje ha sido definido como un mecanismo de heterocomposición para la solución de conflictos, a través del cual un tercero, particular, unipersonal o colegiado, es revestido transitoriamente de la función pública de administrar justicia, previo acuerdo de voluntades de las personas que discuten un derecho, siendo habilitado por éstas para tal efecto; por lo mismo, las partes en disputa aceptan de manera previa y voluntaria someterse a la decisión que allí se adopte, la cual se denomina laudo arbitral y reviste la misma fuerza vinculante y los efectos de una sentencia judicial (Corte Constitucional, sentencias: C-426 de 1994, C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-330 de 2000 y C-060 de 2001, entre otras).

decidir de fondo la controversia sometida a su conocimiento y no exclusivamente para elaborar el fallo o laudo arbitral, como lo sugiere el recurrente.

“La prórroga se constituye en una herramienta para que los árbitros, sin la aquiescencia de las partes, puedan ampliar el término del arbitramento, cuando quiera que la complejidad del asunto demande un mayor tiempo para el adelantamiento del proceso que en condiciones normales debe culminar con el laudo; desde luego, la prórroga no podrá exceder el límite fijado por la Ley, pues precisamente, como se dijo, la norma está concebida en función del principio de la temporalidad como cimiento del arbitraje, de tal suerte que el término no puede extenderse indefinidamente en el tiempo.

“Lo que resulta necesario precisar acá es que, como para la producción del laudo se requiere de la práctica de pruebas y del agotamiento de todas las audiencias previstas, en cualquiera de tales etapas los árbitros se pueden percatar de que el término fijado no es suficiente para producir la decisión -no para elaborarla como lo sugiere el recurrente- y, por consiguiente, en tal caso pueden acudir a la prórroga.

“No tendría sentido sostener que los árbitros sólo pueden ejercer la facultad oficiosa contemplada por el inciso cuarto del artículo 70 de la ley 80 de 1993 cuando lo único que reste para culminar el arbitramento sea dictar el laudo, porque una interpretación en tal sentido desconocería la teleología de la norma, cual es la de garantizar que el proceso culmine con una decisión de fondo que resuelva sobre los hechos y las pretensiones de la demanda arbitral y los medios exceptivos y las razones de la defensa planteados por la parte convocada; además, una interpretación como la que sugiere el recurrente impide que, en caso de resultar escaso el término fijado por las partes o el definido por la normatividad para agotar el trámite arbitral, el proceso culmine de manera normal, pues se producirá la cesación de las funciones arbitrales y quedarían las partes sin definir el litigio sometido a la decisión de la justicia arbitral. En consecuencia, en entender de la Sala, la norma en cita debe ser interpretada en función de garantizar el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, cuya concreción implica obtener una decisión de mérito o de fondo que resuelva las diferencias suscitadas en forma oportuna, y no de manera tal que, como lo hace el recurrente, restrinja o impida que se produzca una decisión de mérito por el agotamiento del término dispuesto para el efecto.”¹⁸⁷

En el presente caso la norma aplicable se encuentra contenida en el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en los siguientes términos:

“Artículo 24.- Plazo en el que debe dictarse el laudo arbitral

1. El tribunal arbitral debe pronunciar su laudo en un plazo de seis meses. Este plazo correrá desde el día en que la última firma del tribunal arbitral o de las partes se haya puesto sobre el acta de misión o en el caso previsto en el artículo 18, párrafo 3, desde la fecha de notificación al tribunal arbitral por la secretaría de la aprobación de acta de misión.

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de febrero 23 de 2012, Expediente 38.627, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

2. *La corte puede, a petición motivada del tribunal arbitral, o en su caso de oficio, prolongar este plazo, si lo estima necesario.*”

De conformidad con esta norma, si bien el plazo máximo para expedir el laudo es de seis meses, no obstante, el Tribunal puede prorrogarlo, a petición de parte o de manera oficiosa, de acuerdo con lo que él mismo estime necesario.

7.4.2. Sustentación del cargo.

De conformidad con el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el pacto arbitral contenido en la cláusula trigésimo tercera del contrato de obra, el laudo debía proferirse dentro de los seis meses siguientes contados desde la firma de la última acta de misión o de su aprobación por la Corte, cuando alguna de las partes se hubiera negado a firmarla.

Expresó que según lo mencionado en el artículo 24, dicho plazo podía ser extendido por la Corte, por solicitud motivada del Tribunal, o de oficio si lo considera necesario; sostuvo que la Corte de Arbitraje de la CCI:

“[O]torga[ba] extensiones de tres meses generalmente; [...] de seis meses si el árbitro prove[ía] un cronograma claro y convincente [cuyo cumplimiento] razonablemente requiere más de tres meses; y [...] de doce meses en casos muy excepcionales donde todos los árbitros y las partes los solicita[ba]n por escrito, explicando la necesidad para tal extensión.”¹⁸⁸

Afirmó que, no obstante, en el presente caso, el plazo se prorrogó quince veces, sin que existiese un cronograma realizado por el Tribunal, solicitud motivada de éste o justificación para otorgarlo por parte de la Corte Internacional de Arbitraje desconociendo así, *“... la tradición y costumbre que venía aplicando, hasta el punto de que se volvieron indefinidas, con lo cual se violó el nombrado artículo 24 del Reglamento CCI, precisamente, a instancia del Tribunal Arbitral.”¹⁸⁹*

También expuso que si bien el referido artículo 24 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional nada menciona respecto del número de veces que el plazo para proferir el laudo se puede prorrogar, el Tribunal debió aplicar la normativa colombiana al respecto, esto es, el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998 y que, sin embargo, no fue así.

Por último, ISAGEN S.A. E.S.P., hace el siguiente recuento histórico de lo sucedido para ilustrar que el laudo fue extemporáneo:

*“En efecto, el acta de misión se suscribió el 2 de noviembre de 2005, fecha a partir de la cual, de conformidad con el artículo 24 [1] del Reglamento de la CCI comenzó a contarse el término de seis (6) meses que tenía el Tribunal para proferir el laudo. La Corte, en **quince (15) oportunidades diferentes, sin fundamento jurídico**, prorrogó el plazo que tenía el Tribunal para emitir la decisión que pusiera fin al conflicto. El 4 de noviembre de 2009, esto es, tres años y medio después del vencimiento del término para proferir el laudo, el Tribunal se limitó a señalar a las partes que necesitaba ‘disponer de información económica adicional’ y que solicitaba ‘[a]l perito Restrepo & Uribe [...] un informe complementario [...], sin que exista prueba de que el Tribunal*

¹⁸⁸ Folio 382, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁸⁹ Folio 41 del cuaderno del Consejo de Estado.

haya solicitado y justificado razonablemente a la Corte la prórroga del plazo para fallar, como lo exige el citado artículo 24 [2] del Reglamento de la CCI.

“El 4 de mayo de 2010, el Tribunal informó a las partes del envío del proyecto de laudo a la Corte Internacional de Arbitraje CCI, para su examen previo. En esta comunicación, el Tribunal confesó que era [c]onsciente de la larga duración que ha tenido este procedimiento [...] y que el envío del proyecto de laudo ponía fin [a] casi cinco años [...].”

“Finalmente, el 2 de julio de 2010, esto es, cuatro (4) años y dos meses después del vencimiento del término para fallar, el Tribunal, por fin, profirió el ilegal laudo.”¹⁹⁰

7.4.3. Consideraciones acerca de la causal alegada en el caso concreto.

En virtud de lo dispuesto en la cláusula Trigésimo Tercera del Contrato y en el otrosí que la modificó, no cabe duda para la Sala que cualquier controversia o desavenencia que se derivara del contrato MI-100 sería resuelta de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional¹⁹¹.

En ese contexto y de conformidad con la causal invocada **“Haberse proferido el laudo después de vencido el término fijado para el proceso arbitral o su prórroga (artículo 163 [5] del Decreto 1818 de 1998)”** advierte la Sala que para determinar si se configura la causal referida por el recurrente, resulta necesario remitirse al artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional¹⁹² atrás mencionado.

En razón de la normativa precitada no es aceptable para la Sala el argumento del recurrente - que considera que la prórroga del plazo para proferir el laudo sólo es posible si existe un cronograma claro del Tribunal o una justificación razonable de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional-, toda vez que el numeral segundo de esta disposición no establece ningún requerimiento o exigencia de ese tipo en cuanto a la prórroga del plazo para proferir el laudo.

Tampoco tiene asidero la afirmación de la recurrente en el sentido de que los vacíos en el procedimiento de la Cámara Internacional de Comercio deben llenarse con el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998, toda vez que a este procedimiento le resultaba aplicable lo previsto en la Ley 315 de 1996¹⁹³, en virtud

¹⁹⁰ Folio 383, cuaderno Consejo de Estado.

¹⁹¹ “ARTÍCULO 15. REGLAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO. 1.El procedimiento ante el tribunal arbitral se rige por el presente Reglamento y, en los supuestos de silencio de este último, por las reglas que las partes, o en su defecto el tribunal arbitral determinen, tanto si se refiere o no a una ley nacional de procedimiento aplicable al arbitraje.

“2.En todos los casos, el tribunal arbitral ha de aplicar el procedimiento de manera equitativa e imparcial y velando porque a cada parte se le haya dado la posibilidad de ser suficientemente oído.”

¹⁹² En el Acta de Misión suscrita el 2 de noviembre de 2005 se establece lo siguiente: “(viii) por acuerdo expreso entre las partes, el laudo se dictará en el plazo, la forma y con el contenido establecido en los arts. 24-27 del Reglamento CCI y se notificará de acuerdo con el art.28 de dicho reglamento.

“Las partes aceptan expresamente que la Corte de Arbitraje de la CCI podrá prorrogar el plazo para dictar el laudo, de acuerdo con lo previsto en el art. 24.2 del Reglamento CCI.” (Ver el cuaderno denominado Acta de Misión y Órdenes Procesales)

¹⁹³ Prescribe el artículo 2º de la Ley 315 de 1996:

dela cual no sólo se podía sino que debían darle aplicación al Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio¹⁹⁴, toda vez que fue lo acordado por las partes y únicamente se debía acudir a las normas colombianas para los temas sustantivos, mas no para los procedimentales.

Desestimado el argumento del recurrente, cabe advertir que de conformidad con el numeral primero del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el plazo que tiene el Tribunal para proferir el laudo es de 6 meses que “*correrá desde el día en que la última firma del tribunal arbitral o de las partes se haya puesto sobre el acta de misión o en el caso previsto en el artículo 18, párrafo 3, desde la fecha de notificación al tribunal arbitral por la secretaria de la aprobación de acta de misión.*”

Ahora bien, en el presente caso, el Acta de Misión fue suscrita por las partes el 2 de noviembre de 2005¹⁹⁵, lo cual significa que el plazo inicial para dictar el laudo corrió hasta el 2 de mayo de 2006; sin embargo, cabe precisar que el plazo para su expedición fue prorrogado en quince oportunidades, con base en las facultades que el numeral segundo del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional le otorga a la Corte Internacional de Arbitraje.

Sobre las mencionadas prórrogas¹⁹⁶, en el laudo que se profirió del 2 de julio de 2010 se consignó lo siguiente¹⁹⁷:

“La Corte decidió prorrogar el plazo para dictar el laudo final, de conformidad con el artículo 24(2) del Reglamento CCI en 15 ocasiones: hasta el 31 de octubre de 2006, 31 de enero de 2007, 30 de abril de 2007, 31 de julio de 2007, 31 de octubre de 2007, 31 de enero de 2008, 30 de abril de 2008, 31 de julio de 2008, 31 de octubre de 2008, 31 de enero de 2009, 30 de abril de 2009, 31 de octubre de 2009, 31 de enero de 2010, 30 de abril de

*“ARTÍCULO 2o. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. **También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero.**”*

¹⁹⁴ El reglamento de la Cámara Internacional de Comercio dispone lo siguiente en su artículo 1:

“La Corte tiene el cometido de permitir la solución por la vía del arbitraje de las diferencias que posean carácter internacional, interviniendo en el ámbito de los negocios, conforme al Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”

¹⁹⁵ Ver cuaderno denominado Acta de Misión y Órdenes Procesales.

¹⁹⁶ *“La prórroga se constituye en una herramienta para que los árbitros, sin la aquiescencia de las partes, puedan ampliar el término del arbitramento, cuando quiera que la complejidad del asunto demande un mayor tiempo para el adelantamiento del proceso que en condiciones normales debe culminar con el laudo; desde luego, la prórroga no podrá exceder el límite fijado por la Ley, pues precisamente, como se dijo, la norma está concebida en función del principio de la temporalidad como cimiento del arbitraje, de tal suerte que el término no puede extenderse indefinidamente en el tiempo.”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Febrero 23 de 2012, Expediente 38627, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.)

¹⁹⁷ Ver numeral 111 del laudo.

2010 y 31 de julio de 2010. Por lo tanto, este laudo se está dictando dentro del plazo concedido para ello.” (Negrillas y subrayado añadido)

En vista de que el plazo para la expedición del laudo fue objeto de diversas prórrogas, encuentra la Sala que el laudo proferido el 2 de julio de 2010 se dictó dentro del plazo concedido, toda vez que dicho plazo se extendió hasta la fecha de la última prórroga, es decir, hasta el 31 de julio de 2010.

En consideración a lo anteriormente expuesto, advierte la Sala que el laudo fue proferido antes del vencimiento del plazo concedido, razón por la cual, no se encuentra configurada la causal invocada por el recurrente con base en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

7.5 Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. Art. 163 [6].

7.5.1. Consideraciones sobre la causal.

En relación con esta causal de anulación, debe precisarse, en primer lugar, que el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 consagra tres clases de arbitraje, a saber: en derecho, en equidad y técnico. Asimismo, define en qué consiste cada uno de ellos. En efecto esta norma dispone lo siguiente:

“[E]l arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad, es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”; además, la norma en cita prevé que “Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico”.

La jurisprudencia de la Sala, en muchos de sus pronunciamientos, se ha referido a las características que identifican tanto el fallo dictado en conciencia como aquel que se profiere en derecho. Al respecto, ha expresado lo siguiente:

“Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.

En cambio, cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente mas amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir ‘ex quo et bono’, locución latina que quiere decir ‘conforme a la equidad o según el leal saber y entender’ (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988 U. Externado de Colombia, pág. 181.).

Tal amplitud permite aceptar que cuando el Juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles.

Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y

de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia (idea que excluye, de principio, la arbitrariedad) ya que el juicio arbitral no es más que un equivalente procesal por hetero - composición, según la terminología del profesor Carnelutti, quien clasifica dichos equivalentes (en los que la composición del litigio se logra por medios distintos a los del proceso judicial propiamente dicho) en dos grupos así: a) por auto-composición (obra de la actividad de las mismas partes, tales como la conciliación o la transacción); y b) por hetero composición (decisión de árbitros, por ejemplo).

“.....

Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. **Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive**, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez.

(...) En suma de lo anterior, sólo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.

“.....

La motivación de los fallos no está sujeta a ciertas formas preestablecidas; esa motivación obedece mucho al estilo propio del juzgador; y en esa materia probatoria, frente al sistema valorativo de la persuasión racional o sana crítica existe una mayor libertad, porque el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida, sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. Para el profesor Hernando Morales el sistema mencionado ‘obliga a apoyar la sentencia en las leyes de la dialéctica, de la experiencia común y del criterio moral que haya producido la convicción. La libre convicción es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero sin olvidar los preceptos de higiene mental, tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (H. Morales III Congreso Académico Nacional de Jurisprudencia”¹⁹⁸. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Posteriormente, mediante sentencia calendada el 14 de septiembre de 1995, la Sección Tercera de esta Corporación precisó que se estaba ante un fallo en conciencia cuando el juez desconocía íntegramente el acervo probatorio para tomar sus decisiones:

¹⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, exp. 6695, reiterada en sentencia de 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez y de 2 de octubre de 2003, exp. 24.320, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

“La Sala considera que si los árbitros conculcan en forma íntegra el recaudo probatorio del proceso arbitral para consultar su propia verdad, dejarán en el ambiente un pronunciamiento en conciencia en la antesala de la decisión y entonces en la motivación del fallo, los miembros del Tribunal harán saber a las partes que sus conclusiones no tuvieron su origen en el procedimiento probatorio. Sin embargo, en este caso, el censor reconoce, que los árbitros se apoyaron en la complementación de la prueba pericial, o sea en la voluntad de la ley, hipótesis contraria al fallo en conciencia, que no tiene base probatoria como ya se dijo.

Claras notorias e indiscutibles son las características del fallo en conciencia, pronunciamiento que se da sin consultar argumentos de derecho sino que declara y actúa la voluntad de la justicia natural (ex quo et bono). No puede por tanto afirmarse que el Tribunal de Arbitramento alteró la realidad objetiva del Laudo y de contera entrar al terreno de las presunciones, como que la decisión de aquellos jueces se tomó según los dictados de su propia conciencia, permitiendo que tal circunstancia aparezca en forma manifiesta en el laudo (art. 72, Ley 80/93)¹⁹⁹. (Negrillas y subrayas adicionales).

Más adelante, a través de sentencia fechada el 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, el cual constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos:

“Si en el laudo se hace referencia al derecho positivo vigente se entiende que el fallo es en derecho y no en conciencia, el cual se caracteriza, en su contenido de motivación por la ausencia de razonamientos jurídicos; el juzgador decide de acuerdo con su propia conciencia y de acuerdo, hay veces, con la equidad, de manera que bien puede identificarse el fallo en conciencia con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada.

“.....

En el caso concreto, la Sala encuentra que el laudo fue proferido en derecho positivo vigente. En efecto, se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y, en segundo lugar, porque ellas eran las vigentes para ese momento, tanto en los aspectos de caducidad de la acción contractual como en los de liquidación de los contratos estatales. Tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia descarta la prosperidad del cargo pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el laudo se haya proferido ‘en conciencia debiendo ser en derecho’.

Si los árbitros se basaron en normas legales e hicieron interpretaciones para concluir la prosperidad ‘de la excepción por caducidad de la acción’, las mismas no pueden entenderse como determinaciones en conciencia; sus manifestaciones, por el contrario, dicen de la aplicación, por ellos, de esas normas jurídicas y además de otra como es la del contrato mismo, como ley de las partes.

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 1995, exp.10.468.

*Puede definirse en este punto que cuando el recurrente critica la interpretación de los árbitros sobre las normas legales y el contrato mismo hace ostensible su queja sobre un punto de derecho, cual es la interpretación indebida de la ley y corrobora la anterior afirmación de la sala sobre que el laudo sí se profirió en derecho*²⁰⁰.

También ha precisado la Sala que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Al respecto, la Sala expresó lo siguiente:

“(...) si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro.

No obstante, esto no significa que los árbitros no tengan la libertad de valoración de las pruebas, según las reglas de la sana crítica, lo cual ha sido sostenido por esta Sala, cuando ha expresado que: ‘(...) para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica’.²⁰¹.

Asimismo se ha pronunciado la Sala en el sentido de no confundir el fallo en conciencia con la decisión equivocada; así discurrió la Corporación²⁰²:

“(...) es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia...” (Se destaca).

En posterior providencia²⁰³, la Sala efectuó algunas consideraciones tendientes a precisar que el fallo en derecho no es aquel en el cual se haga una simple o

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 2001, exp. 19.273; sentencias de 23 de agosto de 2001, exp. 19.090. ambas con ponencia de la señora Consejera María Elena Giraldo Gómez; de 13 de febrero de 2006, exp. 29.704, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

²⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 5 de julio de 2006, exp. 31.887 y de 6 de julio de 2005, exp. 28.990. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²⁰² Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191.

mínima referencia al derecho positivo, toda vez que además se requiere que esta referencia constituya el fundamento de la decisión y no una anotación marginal o descontextualizada, en efecto, así se expresó:

“No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en torno a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual ‘la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como ‘en derecho’ y no ‘en conciencia’’, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación que se viene comentando.

La ‘más mínima referencia al derecho positivo’ — como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala —, hace alusión, por tanto, a que esa ‘mínima referencia’ esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea — pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación —, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación”.

La Sala mediante sentencia de 13 de mayo de 2009²⁰⁴, retomada por esta Subsección a través de sentencia de 25 de agosto de 2011, expediente 38.379, precisó las características que identifican el fallo dictado en conciencia, en los siguientes términos:

“(…) debe entenderse que el fallo en conciencia se estructura a partir del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos que se enuncian a continuación:

“i) El contenido de la providencia debe evidenciar de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho.

“ii) La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene libertad en la apreciación de la prueba²⁰⁵ y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción.²⁰⁶

²⁰³ Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 32.896.

²⁰⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 13 de 2009, Expediente 34525, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁰⁵ Original de la Sentencia en cita: En sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 28990, se enfatiza sobre la libertad de los árbitros en la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, cuando el fallo es en conciencia, con lo cual se reitera el criterio expresado en sentencias de 4 de mayo de 2000, Exp. 16766; de 27 de julio de 2000, Exp. 17591 y de 14 de junio de 2001, Exp. 19334.

²⁰⁶ Original de la Sentencia en cita: PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel; La prueba Judicial, Tomo, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2004, pág. 123.

“iii) El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el fundamento del derecho sustantivo. Precisamente por tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo.²⁰⁷ Significa entonces, que el fallador puede apartarse de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que para fallar sólo debe consultar su conciencia, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad.

“iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.

“Debe entenderse entonces, que el laudo en conciencia está determinado por: i) la ausencia en su contenido de normas del derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como apoyo de dicha decisión.²⁰⁸”

Las características expuestas en la citada sentencia fueron recogidas por esta Subsección en una Sentencia de enero 27 de 2012, con el propósito de diferenciar la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, en los términos que se transcriben a continuación:

“Ahora bien, en lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 constitucional hace referencia a la equidad en la actividad de Administrar Justicia, no está haciendo referencia a que cualquier controversia se decida exclusivamente de acuerdo con los criterios que informan la equidad; la norma expresamente lo establece como un criterio auxiliar y ello implica que sirva de instrumento para llenar los vacíos legislativos y permita la realización del valor ‘justicia’.

Dicho de otra manera, el juez no puede aplicar como regla general el criterio de equidad en todas las controversias que se sometan a su conocimiento. El juez está sometido fundamentalmente al imperio de la ley por mandato constitucional y, por cierto, la ley es el instrumento primario para la realización del valor a que se ha hecho alusión, el cual se enmarca dentro de la categoría de los valores morales, “el valor justicia”, de suerte que el juez cuando decide las controversias con apego a la ley está “administrando justicia” porque se parte del supuesto de que las leyes son justas, válidas y eficaces, para que puedan tener fuerza vinculante entre los integrantes del conglomerado; por esta razón la equidad en torno a la actividad judicial cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe disposición aplicable a una controversia específica que debe decidirse en derecho, pues en virtud del principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que

²⁰⁷ Original de la Sentencia en cita: GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Del recurso de anulación de laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Barranquilla, 1998, Pág. 102.

²⁰⁸ Original de la Sentencia en cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 34701, Impugnante: CORANTIOQUIA, demandado: Jorge Ignacio Gómez Ochoa

comportan el fin último del derecho. Lo anterior se menciona únicamente a título de ejemplo, pues no es el único evento en el cual se debe acudir a la equidad como criterio auxiliar; de hecho, la equidad no es un criterio subsidiario sino, como la preceptiva lo indica, un criterio auxiliar, en el cual se debe apoyar el juez en múltiples eventos.

Igual sucede con las controversias que deben ser decididas por los particulares que se hallan investidos transitoriamente de la facultad de Administrar Justicia. Como se dejó indicado anteriormente, existen tres categorías de arbitraje: en derecho, en equidad o técnico. Cuando el arbitramento es pactado por las partes en derecho, los árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los árbitros se separan de las normas jurídicas y, con ello, de las pruebas que deben servir de fundamento a su decisión, será posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no se pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, con apoyo exclusivo en su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima “verdad sabida y buena fe guardada”, dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia.

Estas anotaciones se consagran con el único propósito de diferenciar la aplicación de la “equidad” como criterio auxiliar de la actividad judicial, propia de todo fallo en derecho, de la acepción que las normas le atribuyen a esa misma expresión para asimilarla a una clase de arbitraje que excluye por completo una decisión en derecho para ubicarse exclusivamente en el plano del ‘sentido común’, caso en el cual se alude a la “equidad” como sinónimo de una decisión en conciencia (en conciencia o en equidad).²⁰⁹

Definidas así las características más representativas de los denominados fallos en conciencia, procede la Sala a analizar las hipótesis con sustento en las cuales la parte recurrente señaló que la causal 6ª del Decreto 1818 de 1998 se configuró en el laudo arbitral cuya anulación pretende. Para ello, resulta pertinente examinar de manera previa el contenido de la cláusula compromisoria mediante la cual se delimitó el marco de competencia del Tribunal de Arbitramento, así:

“CLAUSULA TRIGÉSIMO TERCERA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES: Todas las desavenencias o controversias que deriven de este contrato que guarden relación con éste, y que no hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho reglamento. En caso de que el Presidente del Tribunal deba ser nombrado por la Corte de Arbitraje de la CCI, dicho Presidente, deberá tener dominio suficiente del idioma castellano, deberá igualmente contar con experiencia suficiente en contratos de obra y haber participado, como árbitro, en por lo menos tres (3) arbitrajes administrados

²⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de enero de 2012, Expediente 40.402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*bajo el Reglamento de la CCI. El arbitraje tendrá como sede la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, en idioma español. **El procedimiento será el previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI** o, en su defecto, el que determine el Tribunal Arbitral. **El laudo será en derecho y a las diferencias se aplicará la ley sustantiva colombiana.** El laudo deberá estar motivado y tendrá carácter final, definitivo e inapelable. El Tribunal decidirá sobre las costas del arbitraje y su distribución entre las partes.”²¹⁰*

A partir del texto de la cláusula compromisoria transcrita es posible determinar que las partes acordaron expresamente someter todas las desavenencias o controversias que entre ellas se presentaran con ocasión del contrato de obra MI-100 al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento, el cual, para resolver el conflicto que se le pusiera en su conocimiento, debía fallar en derecho y no en conciencia.

Ratifica lo anterior el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, escogido por las partes desde la suscripción del contrato MI-100 para dirimir las controversias derivadas del mismo, según el cual el laudo arbitral que se profiera bajo sus reglas, salvo que las partes dispongan investir de otras facultades a los árbitros, será en derecho. En efecto, según lo previsto en el artículo 17 de la citada normativa - Reglas de **derecho** aplicables al fondo - , “1. Las partes son libres de elegir las reglas de **derecho** que el Tribunal deba aplicar al fondo del litigio”, sin embargo si éstas no hacen elección alguna, como en la primera versión de la cláusula trigésimo tercera del contrato MI-100 ocurrió, “el árbitro aplicará las **reglas de derecho** que considere apropiadas”. Así mismo, señala el artículo en comento que “3. El tribunal arbitral resuelve según amigable composición, o decide *ex aequo bono* [conforme a la equidad o según el leal saber y entender], **solo si las partes han acordado en investirle de tales poderes**” (Se destaca), cosa que en el caso de autos no tuvo lugar.

Así las cosas, habiéndose establecido que el Tribunal de Arbitramento tenía competencia para proferir un laudo en derecho y no en conciencia, encuentra la Sala acreditado el primer requisito para que la causal de anulación alegada pueda prosperar, en consecuencia, procede ahora al análisis de los argumentos en los que la parte interesada sustentó su existencia.

7.5.2. Sustentación del recurso

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 6 del artículo 163 Decreto 1818 de 1998, el recurrente planteó, en síntesis, las siguientes hipótesis:

i) En cuanto a la decisión sobre el Reclamo número 127 - Eventos relacionados con los diques de contención de los portales de TdD.

Señaló que la decisión de imputar responsabilidad compartida a la parte convocada y a la parte convocante por falta de prueba que determine el grado de participación de cada una en la colmatación del río Miel por arrojar vertidos, circunstancia que el Tribunal catalogó como imprevista y que obligó al contratista a elevar el nivel de los diques de contención de los portales del TdD, fue una decisión en conciencia, toda vez que no es posible afirmar ante la ausencia de pruebas, la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

²¹⁰Texto de la cláusula trigésimo tercera modificada mediante otrosí fechado el 6 de julio de 2004 – distinguido como otrosí número 13.

ii) Respecto de la decisión acerca de los reclamos 112 y 113, relacionados con la reparación de dinteles y recatas de las compuertas de la bocatoma y montaje de la compuerta de motor y su sistema de comando.

Sostuvo que ante la falta de pruebas que permitieran establecer el grado de culpa de cada parte, el Tribunal les atribuyó responsabilidad compartida por la “reparación de dinteles y recatas de las compuertas de la bocatoma y montaje de la compuerta del motor y su sistema de comando”²¹¹, decisión que considera fue en conciencia, pues no hubo fundamento probatorio que la respaldara. Al respecto indicó lo siguiente:

*“En síntesis, no cabe duda de que la decisión del Tribunal, en cuanto a los aspectos a los que se ha hecho referencia, no tuvo sustento demostrativo, dado que, se reitera, se limitó a decir que ante la ausencia de pruebas de la responsabilidad, las partes debían compartirla. Así las cosas, **fundó el laudo, en definitiva, en conciencia, en equidad, en su íntima convicción y en la libre apreciación de los hechos objeto del litigio, huérfano de toda prueba.**”²¹²*

iii) En cuanto a los sobrecostos por la pérdida generalizada de productividad.

Sostuvo que la declaración consignada en el laudo respecto de la actuación de mala fe por parte de la interventoría e imputable a ISAGEN S.A. E.S.P., relacionada con la pretensión del consorcio denominada - pérdida generalizada de productividad -, que según el Tribunal “*tenía que ver con un ‘comportamiento contrario a los estándares de buena fe’*”²¹³ se hizo sin que se señalaran de manera específica las pruebas que la fundamentaran.

Adujo que tal declaración es contraria al principio de la buena fe contenido en la Constitución Política de la República, Código Civil y Código de Comercio, por cuanto al tratarse de una presunción, solamente mediante prueba en contrario puede desvirtuarse este principio. No obstante, el Tribunal sin prueba que lo sustentara asumió que la interventora e ISAGEN S.A E.S.P., actuaron de mala fe.

Como respaldo de lo antes dicho, la parte convocada manifestó:

“[...] la mala fe se manifiesta en un conjunto difuso de actuaciones torticeras [...]. Si esa naturaleza difusa ya hace de por sí difícil que el juzgador constante la presencia de mala fe [...]. En situaciones donde el juzgador ha constatado la violación del deber de actuar de buena fe y la existencia cierta de un daño, las exigencias de prueba deben moderarse, caso en el cual procede un razonamiento en equidad, [...].”²¹⁴

7.5.3. Consideraciones acerca de los cargos propuestos.

²¹¹ Folio 385, cuaderno Consejo de Estado.

²¹² Folio 386, cuaderno Consejo de Estado.

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ Folio 387, cuaderno Consejo de Estado.

7.5.3.1. Respetto del “Reclamo número 127”.

Mediante este reclamo las partes discutieron el hecho de si la *colmatación* del río Miel, por la cual la contratista debió elevar el nivel de los diques de contención de los portales del *TdD*, fue ocasionada por los vertidos al río efectuados por la contratante o por los realizados por el consorcio contratista.

i) El reclamo de la convocante.

En el escrito de demanda la convocante sostuvo que antes de iniciar las obras correspondientes al proyecto Miel, la entidad contratante construyó unas vías a media ladera en ambos márgenes del río Miel, las cuales generaron vertidos y derrumbes que ocasionaron una variación en las condiciones del fondo de este río. Sostuvo la convocante que en virtud de este hecho las condiciones del río que le fueron comunicadas al contratista resultaron obsoletas.²¹⁵

Afirmó la convocante que los planos para la construcción del portal de entrada del *TdD* que le fueron entregados por la entidad pública convocada en octubre 10 de 1998, señalaban el nivel superior del dique de contención en la cota 281,4, lo cual correspondía con lo indicado en los documentos de la licitación; expresó que el nivel del río resultaba totalmente insuficiente para las nuevas condiciones, lo que se evidenciaba con las inundaciones que se produjeron el 6 de noviembre de 1998 que obligaron al contratista a elevar el nivel superior del dique.

La convocante solicitó el pago de los perjuicios derivados de las inundaciones, en tanto consideró que éstas se provocaron con la actuación de la entidad convocada de efectuar los vertidos al río y de no consignar la nueva realidad en los planos entregados por el contratista para la construcción.

ii) La posición de la demandada.

Sostuvo la demandada que en las especificaciones técnicas nada se estipuló respecto de los diques de protección y que, por ello, constituía una responsabilidad del contratista tanto su diseño como su construcción; afirmó que en los planos entregados al contratista se señaló expresamente que el dique de protección allí mostrado era meramente indicativo y que correspondía al contratista su diseño y construcción²¹⁶.

Expresó que a pesar de las advertencias formuladas por la contratante, el consorcio contratista incumplió la prohibición contractual de arrojar al río bloques y materiales de excavación durante la ejecución de las excavaciones realizadas aguas abajo del portal, actuaciones estas que, en opinión de la convocada, ocasionaron la *agradación* en el régimen hidráulico del río La Miel.

iii) Lo decidido por el Tribunal Arbitral.

Este reclamo se analizó por el Tribunal en los numerales 7.6.7. -1652 a 1677- del documento contentivo del laudo arbitral y después de referirse a la posición de cada una de las partes, expresó lo siguiente²¹⁷:

²¹⁵Esc. C 82, pág. 457.

²¹⁶Esc. R 93: Anexo 1, reclamo 127.

²¹⁷ Páginas 342 a 345 del cuaderno contentivo del laudo.

“C) DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

“1659. Las partes discuten en este reclamo dos cuestiones: ¿quién de las dos causó el cambio del fondo del río La Miel? Y ¿a quién corresponde correr con el sobrecoste derivado de las sucesivas inundaciones y elevaciones del dique de contención de los portales del TdD? El Tribunal analizará a continuación ambas cuestiones.

“Agradamiento del río

“1660. Es un hecho indiscutido que el fondo del río La Miel varió desde la obtención de la información de la Licitación, hasta el comienzo de la construcción del Túnel de Desvío. Las partes tampoco discuten que esa modificación se produjo como consecuencia de las obras de construcción del Proyecto y no por causas naturales. Lo que las partes discuten es qué obras concretas generaron los vertidos que modificaron el fondo del río provocando su “colmatación” o “agradamiento”.

“1661. La Demandada alega que los vertidos se produjeron durante la excavación de los estribos de la presa y la bocatoma, mientras que la Demandante asegura que la colmatación del cauce del río se produjo por derrumbes y vertidos generados por la construcción de las vías a media ladera en ambas márgenes del río, que realizó la Propietaria.

“1662. El Tribunal Arbitral dispone para valorar la cuestión del informe de R & U aportado por la Demandante. El perito R & U señala en su informe que las obras que realizó el Contratista ‘sí restringen la capacidad del cauce. Sin embargo, estos hechos señalados por la Propietaria no tenían la potencialidad de producir por sí solos, las inundaciones que se produjeron’.

“1663. Por lo tanto, el Tribunal constata que ambas partes son causantes en cierta medida de la reducción de la sección hidráulica del río La Miel²¹⁸

“1664. La Demandante considera que los trabajos que ejecutó sólo pudieron contribuir marginalmente al agradamiento del río, que ya se habrían producido en el momento de comenzar los trabajos de excavación en los estribos de la presa y la bocatoma²¹⁹.

“1665. La Demandada sin embargo, señala que el agradamiento del río se produjo por culpa exclusiva del Contratista²²⁰.

“Regulación en el Contrato

“1666. Las inundaciones que generaron los sobrecostes no se produjeron por causas naturales ya que ambas partes admiten que se produjo el agradamiento del río como consecuencia de vertidos y derrumbes ocurridos durante las obras. Por lo tanto el Tribunal debe descartar su calificación como caso fortuito.

²¹⁸ Original de la cita: Prueba C 87-1.27: Pregunta 43.

²¹⁹ Original de la cita: Prueba C 87-1.27: Pregunta 43.

²²⁰ Original de la cita: Esc. R 93: Anexo I.

“1667. El Tribunal confirma que las inundaciones provocadas por el agradamiento del río suponen una circunstancia imprevista, en los términos de la cláusula 12ª del Contrato.

“1668. Ninguna de las partes ha presentado prueba de la proporción exacta en la que participó cada una en el agradamiento del río, pero a partir del peritaje de R & U el Tribunal ha confirmado que éste es imputable a ambas partes. Por lo tanto la situación imprevista que se ha presentado es imputable tanto a la Propietaria como al Contratista. Supuestos como éste son el motivo de que la cláusula 12ª del Contrato remita al art. 868 del C.com. que invita al juez a ordenar los reajustes que la equidad indique ante la presentación de circunstancias imprevistas como la que estamos analizando.

“1669. Haciendo uso de la facultad conferida por art. 868. II C.com., por ser ambas partes culpables, y a falta de prueba de la proporción exacta de imputación, el Tribunal decide imputar el perjuicio a Demandante y Demandada a partes iguales.

“1670. Por lo tanto el perjuicio sufrido por el Contratista sólo debe ser pagado por la Propietaria en la mitad que corre a cargo de ésta.

“1671. El Tribunal estima parcialmente la pretensión de la Demandante y declara que cada parte debe hacerse cargo del 50% de los sobrecostes incurridos.

“Cuantía

“1672. El Tribunal discrepa de la opinión del perito V & E acerca de la falta de valor probatorio de los datos aportados por la Demandante por no haber aportado información contable que los respalde²²¹, y considera que el perito R & U ha probado adecuadamente la existencia de los sobrecostes reclamados.

“1673. El perito R & U²²² ha calculado que los costes derivados de este reclamo sumando los costes de disponibilidad de mano de obra y equipos durante las paralizaciones, las actividades adicionales que debió ejecutar el Contratista por causa de las inundaciones en el túnel, el bombeo adicional de agua de inundación, el realce del dique de protección del portal de entrada y la disponibilidad de formaleta y apuntalamiento. El Tribunal considera que la metodología de cálculo es apropiada en todo excepto la utilización de un porcentaje de costes indirectos del 50,8% que supera el límite máximo permitido por la cláusula 26.2.5 del Contrato.

“1674. El Tribunal aplica en primer lugar el factor corrector 0,7957559²²³ para ajustar el importe total de los sobrecostes derivados de las inundaciones que asciende a 82.341.980 PCO más 13.6.

“1675. Dividiendo dicha cantidad por dos en función de la responsabilidad de la Propietaria por los perjuicios, que es del 50%, se obtiene la cantidad que

²²¹ Original de la cita: *Informe pericial contable V & E-C.N.O.* págs. 125 y 126.

²²² Original de la cita: *Prueba C 87-1.21: Informe R & U, anexo nº 2: Memoria de cálculo de sobrecostos.*

²²³ Original de la cita: Cfr. para 604 *supra* para una explicación de este factor.

debe ser satisfecha al Contratista por la Propietaria: 41.170.990 PCO y 6.803 USD.

“**1676.** Sobre estas cantidades se devengarán intereses desde el 24 de enero de 1999; por ser la fecha media de los días durante los cuales se presentaron los daños: 6 de noviembre de 1998 a 14 de abril de 1999.²²⁴ 802.

“**1677.** En conclusión, el Tribunal decide que la Demandada deberá satisfacer a **CON** en virtud del **Reclamo nº 127**: - (...).”

iv) Consideraciones de la Sala acerca de este reclamo.

En relación con la forma como decidió el Tribunal Arbitral, así como con los soportes normativos y probatorios, se encuentra lo siguiente: *i)* para arribar a la conclusión de que “*ambas partes son causantes en cierta medida de la reducción de la sección hidráulica del Río La Miel*”, se fundamentó en el dictamen pericial rendido por la firma Restrepo & Uribe; *ii)* admitió que las inundaciones del río que se produjeron por su colmatación no constituían un caso fortuito porque las partes contribuyeron para que ello ocurriera; *iii)* consideró, con base en el dictamen pericial, que si bien los trabajos realizados por el contratista restringieron la capacidad del río, éstos no tenían la potencialidad de producir las inundaciones; *iv)* imputó los perjuicios a ambas partes con fundamento en el artículo 868 del Código de Comercio, en aplicación de la cláusula 12 del contrato MI-100; *v)* Efectuó el análisis sobre la cuantía de los perjuicios, de acuerdo con lo dictaminado por el perito R & U.

Se encuentra entonces que los árbitros fundamentaron su decisión tanto en normas legales –artículo 868 del Código de Comercio-, como en lo estipulado en el contrato –cláusula 12- y se apoyaron técnicamente en los dictámenes periciales rendidos en el proceso.

Así las cosas, vistos los argumentos que anteceden, la Sala advierte que la causal invocada - *al menos en lo que a este argumento específico se refiere* - no está llamada a prosperar, fundamentalmente porque el cuestionamiento que por esta vía se hace al laudo no guarda correspondencia alguna con el supuesto que de manera esencial caracteriza un fallo en conciencia.

7.5.3.2. Respecto de los reclamos 112 y 113: REPARACIÓN DE LOS DINTELES Y RECATAS DE LAS COMPUERTAS DE LA BOCATOMA Y MONTAJE DE LA COMPUERTA MOTOR Y SU SISTEMA DE COMANDO.

Reclamo número 113.

Los concretos correspondientes a la segunda etapa de los dinteles y las recatas de las compuertas de guarda y de servicio presentaron agrietamientos. Se discuten en el proceso las causas y la responsabilidad de tales agrietamientos.

i) Argumentos de la demandante.

Sostuvo la demandante que en el mes de junio de 1998 el consorcio contratista entregó las memorias técnicas de las piezas finas de la segunda etapa –dinteles, recatas, umbrales y guías-, así como de las compuertas de ruedas y de guarda,

²²⁴ Original de la cita: Prueba C 87-1.27 Cuadro 1 Paralizaciones por las inundaciones en el Túnel de Desvío.

las cuales se ajustaban a los requisitos de las especificaciones técnicas aprobados por la entidad pública contratante.

Afirmó que la contratante, en enero de 2000, remitió al consorcio contratista los planos de construcción de las obras del concreto de segunda etapa de los dinteles y de las recatas, en los cuales no se incluyó el acero de refuerzo de tales concretos.

Expuso que a pesar de que las obras fueron recibidas a satisfacción por la contratante, más tarde se detectó que el concreto secundario del dintel de la compuerta de guarda se encontraba desprendido del concreto primario y presentaba fisuras, lo mismo que fue detectado en la compuerta de ruedas.

Expresó que el 7 y el 21 de marzo de 2002 la entidad pública demandada ordenó la demolición y el emplazamiento del concreto de segunda etapa y aseguró que pagaría estos trabajos mediante el sistema de coste necesario más porcentajes.

Afirmó que en marzo de 2002 la entidad modificó el diseño inicial del concreto de segunda etapa de los dinteles de las compuertas e incluyó una armadura de acero de refuerzo anclada al concreto de la primera etapa. Según lo expuesto por el consorcio convocante, el día 16 de junio de 2002 las compuertas quedaron posicionadas definitivamente y así fueron aprobadas.

ii) Argumentos de la demandada y reconviniendo.

Sostuvo la entidad que el consorcio demandante no tiene derecho a obtener reconocimiento alguno por los conceptos contenidos en el reclamo número 113 y que éste hace una interpretación subjetiva y parcial de los textos que cita.

Afirmó que fueron transgidas por las partes todas las reclamaciones técnicas, programáticas y económicas derivadas de la ejecución del contrato MI-100, desde su inicio hasta el 30 de septiembre de 2000.

Según lo expuesto por la demandada, la responsabilidad de los diseños civiles de los dinteles de las compuertas correspondía al Consorcio y por ello era a él a quien correspondía decidir y definir si se requería, o no, el refuerzo.

Para la entidad demandada, el consorcio adoptó una metodología inadecuada que no se encontraba avalada por el fabricante de las compuertas y además desconoció las instrucciones elaboradas por el fabricante de las compuertas e impartidas para el procedimiento de montaje.

También expresó la demandada que el contratista no manifestó ni demostró que dentro del término contractual las actividades por las cuales formulaba este reclamo le hubieren ocasionado afectaciones económicas.

iii) Decisión del Tribunal Arbitral.

En relación con las reclamaciones agrupadas dentro del denominado reclamo 113, el Tribunal Arbitral sostuvo lo siguiente²²⁵:

²²⁵ Páginas 308 y ss. del cuaderno contentivo del laudo arbitral.

“1463. El Tribunal Arbitral ha estudiado con detenimiento las pruebas aportadas por las partes con respecto al presente reclamo y en especial los dos informes periciales²²⁶.

“1464. El diseño de planos de la obra civil corresponde a la Propietaria, según los Documentos de Licitación²²⁷. Los plazos de entrega de estos planos vienen determinados en el ACA n° 1²²⁸.

“1465. Además, el Acta de la Reunión Técnica realizada el 12 de septiembre de 1994 señala:

“... Se aclaró que el diseño de la totalidad de las obras civiles del proyecto es responsabilidad de Hidromiel S.A., a menos que se indique expresamente lo contrario, en alguno de los documentos de la licitación, en cuyo caso se tratará de detalles menores”²²⁹.

“1466. Sin embargo, los diseños eléctricos y mecánicos debían ser enviados por el Contratista - y en este caso, la revisión de los planos podría llevar 60 días desde su recibo²³⁰. Los plazos de entrega de estos planos también vienen determinados en el ACA n° 1²³¹.

“1467. Las partes no discuten que el diseño, construcción y montaje de los dinteles y recatas de las Compuertas sea una obra mecánica, cuyo diseño estaba a cargo del Contratista. El punto controvertido entre las partes se ciñe en determinar sobre quién recae la responsabilidad de hacer los diseños civiles del concreto de segunda etapa. Y saber a qué se debieron los defectos en la construcción de dinteles y recatas de las Compuertas de Servicios y de Guarda y en consecuencia de quién es la responsabilidad por dichos defectos.

“1468. Así el Tribunal contestará a dos preguntas esenciales: (i) ¿de quién era la responsabilidad de incluir en los planos de construcción el concreto de segunda etapa y el acero de refuerzo?; (ii) ¿de quién es la responsabilidad de los defectos en la obra? Responsabilidad por incluir acero de refuerzo.

“1469. Por un lado, en el numeral 10.03.22 del Pliego (concreto para la bocatoma) se establece que “se colocará concretos de segunda etapa para embeber los elementos metálicos de la compuerta. Rejas de tma, accesorios para canales y malacate con tambores de izamiento, etc., tal como se muestra”. Por otro lado el numeral 13.03.30 del Pliego (concreto de segunda etapa) establece que “se colocará concreto de segunda etapa para embeber los elementos metálicos tal como se muestra en los Planos o lo indique

²²⁶ Original de la cita: Prueba C 90-2: Dictamen Pericial R & U; R 35: Dictamen Pericial Aspectos Mecánicos.

²²⁷ Original de la cita: Condiciones de la Licitación y del Contrato, Volumen 1, Pliego de Condiciones, cláusula 4.04.

²²⁸ Original de la cita: Cláusula Segunda – Modificación de la cláusula de plazos del Contrato Principal.

²²⁹ Original de la cita: Anexo 3 al Contrato de Obra; Actas de reunión. Acuerdos en la etapa de negociación.

²³⁰ Original de la cita: Anexo 3 al Contrato de Obra; Actas de reunión. Acuerdos en la etapa de negociación.

²³¹ Original de la cita: Cláusula 2.^a – Modificación de la cláusula de plazos del Contrato Principal.

Hidromiel. Para el concreto de segunda etapa se empleará concreto de la clase indicada en los Planos”.

“1470. Es cierto que la Demandante presentó a la Propietaria las memorias técnicas de las piezas fijas de segunda etapa y que la Propietaria las aprobó²³². Y que por su parte la Propietaria, en junio de 1998, remitió al Contratista los planos de construcción de las obras del concreto de segunda etapa de los dinteles y recatas de las compuertas²³³.

“1471. Así parece evidente que la responsabilidad de entregar los planos de construcción de las obras en concreto de segunda etapa era de la Propietaria, por ser una obra civil y por la Propietaria haber procedido a su entrega. ¿Incluían los planos entregados por la Propietaria acero de refuerzo?

“1472. En marzo de 2002 se detectó que el concreto secundario del dintel de compuerta de guarda estaba desprendido del concreto primario y presentaba fisuras; más tarde las partes detectaron el mismo comportamiento en la compuerta de ruedas²³⁴.

“1473. Dichas deformaciones obligaron al reemplazo de los dinteles y la reparación de las recatas para poder garantizar adecuada operación de cierre y sellado hermético de las compuertas. ¿De quién es la responsabilidad por los defectos?

“1474. El Tribunal tiene ahora que determinar a qué se debieron los hechos que ocasionaron el defecto del concreto de segunda etapa. Los peritos tienen opiniones contrapuestas en este punto.

“1475. Los concretos de segunda etapa “son los que se construyen en una ocasión o período posterior, generalmente una vez instalados los equipos, y sirven para anclarlos y fijarlos a la estructura básica de la obra en cuestión, y encajarlos o involucrarlos dentro del conjunto”²³⁵.

“1476. El peritaje R & U afirma que “no se puede afirmar de una manera concluyente que la soldadura después de la colocación de los concretos produjo las deformaciones detectadas”. Afirman además que “las fallas en los dinteles fueron consecuencia de la falta de acero de refuerzo para soportar los esfuerzos generados por la retracción de fraguado y variaciones de temperatura” y añade que en ninguno de los planos de construcción se indicaba la colocación de acero de refuerzo para los concretos de segunda etapa que se instalarían en la zona de los dinteles y las recatas de las compuertas de la bocatoma²³⁶.

“1477. Por el contrario el perito Huertas considera que “los errores del montaje de las platinas empotradas en concreto primario que servían para

²³² Original de la cita: Prueba C 86-5: Anexos D-6, D-8 y D-10.

²³³ Original de la cita: Prueba C 86-5: Anexos C-8, C-9, C-11 a C-13 y C-15.

²³⁴ Original de la cita: Prueba C 86-5: Anexos D-20 fl. 295 y D-21; Prueba C 90-2: Dictamen Pericial R & U, Rta. 9 y 12.

²³⁵ Original de la cita: Prueba C 90-2: Dictamen R & U, Rtas. 3 iii).

²³⁶ Original de la cita: Prueba C90-2: Informe R & U, Rtas. 8 v).

sujetar y transmitir las cargas de los dinteles, errores reconocidos por el CONTRATISTA y corregidos bajo su responsabilidad, así como la no ejecución de los trabajos de montaje y vaciado de los concretos de segunda etapa en estricto cumplimiento de los procedimientos de montaje emitidos por su propio fabricante de los equipos, fueron el origen de los desplazamientos y deformaciones de los elementos metálicos de los dinteles y recatas de captación del Proyecto Miel I, que obligaron a efectuar las reparaciones y reemplazo de piezas en esta parte de la obra. Como estas causas obedecen a total responsabilidad del CONTRATISTA, este Perito concluye que es el Contratista quien debe asumir las consecuencias de sus errores y los riesgos que asumió al apartarse de los Procedimientos de Montaje elaborados por el propio CONTRATISTA”²³⁷

“1478. Tras valorar con detenimiento la prueba aportada y las alegaciones de las partes el Tribunal concluye que, por un lado, ha quedado probado que es verdad que la Propietaria no ha ordenado la colocación del acero de refuerzo (y que sería su responsabilidad hacerlo) y que por otro lado hubo errores en el montaje por parte del Contratista de las platinas empotradas en concreto primario y en la ejecución de los trabajos de montaje y vaciado de los concretos de segunda etapa, cuya responsabilidad es atribuible a los consorciados CNO y Alstom.

“1479. Es difícil determinar cuál es la proporción de culpas, pues los peritos no están de acuerdo en cuanto a las causas de las deformaciones. Supuestos como éste son el motivo de que la cláusula 12ª del Contrato remita al art. 868 del C.com. que permita al juez ordenar los reajustes oportunos ante la presencia de circunstancias imprevistas como la que estamos analizando. En ausencia de indicios que permitan una atribución de culpas más exacta, el Tribunal Arbitral estima que hubo concurrencia de culpas y que las deformaciones fueron causadas, en igual medida, por la falta de acero de refuerzo y por los errores en el montaje de platinas.

“1480. El Tribunal Arbitral estima parcialmente la pretensión de la Demandante.

“Cuantía

“1481. Queda por determinar la cuantía de los sobrecostes. El Tribunal Arbitral dispone de la metodología de cálculo desarrollada por el perito R & U. –(...).” (Negritas añadidas).

El reclamo se funda en el hecho de que el Tribunal Arbitral efectuó una repartición de culpas sin que tuviera las bases para ello.

iv) Consideraciones de la Sala acerca de este reclamo.

A partir de la transcripción acabada de hacer se pueden extraer las siguientes conclusiones: *i)* El Tribunal analizó los resultados de las experticias efectuados por los peritos designados por las partes; *ii)* A partir de tales análisis encontró que se presentaba concurrencia de culpas; *iii)* Concluyó que era difícil cuantificar la proporción de las culpas en razón de los desacuerdos de los peritos y, en

²³⁷ Original de la cita: R 35 Dictamen Pericial Aspectos Mecánicos, Pág. 0023.

consecuencia, estimó parcialmente la pretensión de la demanda en lo que a este reclamo se refiere.

A partir de las conclusiones antes mencionadas se evidencia que el Tribunal de Arbitramento decidió con base en las pruebas aportadas, así como en la interpretación del contrato, a partir de lo cual se remitió al Código de Comercio y procedió de conformidad con la técnica de una de las experticias aportadas al proceso.

Reclamo número 112.

En el escrito de demanda sostuvo el consorcio contratista que la actividad desarrollada por la sociedad Kvaerner ID 645 relativa al montaje de la compuerta motor y de su sistema, se ejecutó de forma concomitante con la actividad CON ID 639, correspondiente a la caseta de control de compuertas. Afirmó que este hecho le ocasionó sobrecostos en razón de la pérdida en el rendimiento.

i) Argumentos de la convocante.

Afirmó la convocante que el solape de las actividades se produjo en razón de la iniciación tardía de la actividad ID 645, la cual, según su apreciación de los hechos, se produjo por tres causas: *i)* la demora en la ejecución de las obras correspondientes a la construcción de la caseta de compuertas; *ii)* la ejecución de las obras de adecuación del Túnel Diamante, lo cual hizo que la actividad se retardara y *iii)* la necesidad de demoler y de reparar los dinteles y las recatas. Afirmó que este traslape duró 21 días que le ocasionaron sobrecostos por pérdida de rendimiento.

ii) Argumentos de la entidad convocada.

Para la demandada, las causas alegadas por el Consorcio como causantes del retraso en el montaje de la compuerta de motor son de su exclusiva responsabilidad, en razón de la ocurrencia de errores constructivos.

Sostuvo además que el consorcio no acreditó la mayor permanencia del personal en la ejecución de la actividad ID 645 –montaje de la compuerta y sistema de comando-.

iii) Lo decidido por el Tribunal Arbitral.

En relación con este reclamo el Tribunal de Arbitramento expresó lo siguiente²³⁸:

“El Tribunal Arbitral comprueba que la actividad ID 645 de montaje de compuertas, que correspondía a Kvaerner, efectivamente, sufrió un retraso y una extensión de su duración.

“1493. En concreto, sufrió un retraso de 52 días: de acuerdo con el PDC su fecha tardía de inicio era el 24 de diciembre de 2001 y, en realidad, comenzó el 14 de febrero de 2002, con el transporte de la compuerta de ruedas, y se terminó el 11 de junio de 2002 con el cierre de la compuerta de ruedas.

“1494. Y su duración se extendió en 40 días, 21 de los cuales coinciden con la actividad ID 639 Construcción de caseta de control de compuertas y con la

²³⁸ Cuaderno contentivo del laudo arbitral, páginas 316 y ss.

actividad de reparación de los dinteles y recatas. Este solapamiento no era previsible ya que, de acuerdo con el PDC la actividad ID 639 debía finalizar, como muy tarde, el 13 de noviembre de 2001.

“1495. La primera cuestión a dilucidar aquí es si la Demandada es responsable de alguna de las causas que la Contratista aduce como origen del solapamiento. La Demandante alega la existencia de tres causas: (i) la demora en la construcción de la caseta de compuertas, (ii) la adecuación del túnel Diamante presa; y (iii) la reparación de los dinteles y de las recatas de las compuertas de captación.

“(i) Demoras en la construcción de la caseta de compuertas.

“1496. Las demoras alegadas por la Demandante en la construcción de la caseta de compuertas están relacionadas con el reclamo nº 109, de impacto programático (226 días). En el reclamo nº 109 las partes discuten si la Propietaria entregó tardíamente los planos de construcción de la losa de contrapiso de la caseta de compuertas y, por ello se tardó un tiempo adicional en complementarlos.

Discuten también si durante la construcción la Propietaria ordenó aumentar la altura de la caseta, cambiar el tipo de la cubierta e incrementar el número de puertas y ventanas, causando la disminución en los rendimientos, generando demoras y, por lo tanto, un aumento en el plazo previsto.

“1497. La demora en la construcción de la caseta de compuertas tuvo como causa:

- a. el retraso en el inicio de la actividad;
- b. las demoras por modificaciones y correcciones del diseño de la caseta de compuertas.

“a. Retraso en el inicio de la actividad.

“1498. El Tribunal considera que, según la cláusula 9ª del Contrato, modificada por la cláusula 2ª del ACA nº 1, **la Propietaria tenía la obligación de entregar los planos de detalle de los refuerzos correspondientes a la placa de contrapiso de la caseta de compuertas, hasta 60 días antes de la fecha prevista de inicio, por tratarse de planos de armadura. Según el PDC, la fecha de inicio temprana de la actividad 639 “caseta de control compuertas” era el 10 de septiembre 2001 y la tardía el 26 de septiembre de 2001.**

“1499. El 17 de septiembre de 2001 el Contratista pidió a la Propietaria ‘a la mayor brevedad, el diseño revisado incluyendo el despiece de la placa de contrapesa puesto que no está considerado en la cartilla del plano (...) la revisión del detallamiento de la distribución del refuerzo y la disposición de las juntas de dilatación en la placa mencionada²³⁹. Además, informó a la Propietaria que las modificaciones correspondientes a la caseta de compuertas implicarían efectos económicos y programáticos que serían cuantificados con posterioridad.

²³⁹ Original de la cita: Prueba C 83-5.1; Anexo G, fl. 25.

“1500. La Demandante explica que, para elaborar la cartilla de despiece, requería de la información sobre los detalles de la distribución del refuerzo y la disposición de las juntas de dilatación y alega que la Propietaria no le entregó dicha información hasta el día 3 de octubre de 2001. Por el contrario, la Demandada niega lo anterior y afirma que entregó la información y que era responsabilidad de la Demandante elaborar la cartilla.

“1501. El Tribunal Arbitral entiende que la carga de la prueba corresponde a quien afirma. **La Demandada alega que entregó la información, pero no ha aportado prueba demostrándolo. Por ende, el Tribunal debe asumir que la responsabilidad de facilitar la información sobre la localización de las juntas de dilatación de la placa de contrapiso y la cuantificación del acero de refuerzo era de la Propietaria y que ésta no la entregó en el plazo previsto.**

“b. Demoras durante la ejecución de la actividad

“1502. Todas las demoras reclamadas por la Demandante se relacionan con supuestas modificaciones de diseño ordenadas por la Propietaria.

“1503. Según el Anexo 3 del Contrato, la responsabilidad del diseño de la totalidad de obras civiles era de la Propietaria y la responsabilidad del diseño de los equipos electromecánicos era del Consorcio²⁴⁰. La actividad ID 639 correspondía a CNO, luego se trataba de obra civil.

“1504. Los plazos de entrega de los planos civiles vienen determinados en el ACA n° 1²⁴¹ y, en el caso de los planos de encofrado, armaduras y embebidos, el plazo es de 60 días antes del comienzo de la actividad. Según el PDC, la fecha de inicio tardía es el 26 de septiembre de 2001²⁴².

“1505. El Tribunal Arbitral concluye que la Demandada no respetó estos plazos, introduciendo tardíamente las siguientes modificaciones en el diseño de la caseta de compuertas:

“[se hace la relación de las modificaciones].

“1506. La entrega tardía de los planos modificatorios fue, al menos una de las causas que llevó a que la actividad que, según PDC, debía concluirse el

²⁴⁰ Original de la cita: Anexo 3 del Contrato: Acuerdos en la Etapa de Negociación, Acta de Reunión de Septiembre 12/94

“1. Ingeniería de Coordinación de Equipos con Obras Civiles:

Se aclaró que el diseño de la totalidad de las obras civiles del proyecto es responsabilidad de HIDROMIEL S.A. a menos que se indique expresamente lo contrario en alguno de los documentos de licitación, en cuyo caso se tratará de detalles menores.

“El diseño de la totalidad de los equipos electromecánicos es responsabilidad del CONSORCIO y por consiguiente, se incluye la responsabilidad por la coordinación con el diseñador de las obras civiles y entre los suministradores de los distintos equipos principales y auxiliares”.

²⁴¹Original de la cita: Cláusula Segunda – Modificación de la cláusula de plazos del Contrato Principal.

²⁴² Original de la cita: ACA n° 1; Anexo 2, fl. 10.

13 de noviembre de 2001 a más tardar, finalizara el 6 de noviembre de 2002 (¡prácticamente un año más tarde!).

“1507. Dado que la actividad ID 639 era predecesora de la actividad ID-645 el Tribunal acepta que el retraso de la primera causara el retraso en el inicio de la segunda, como afirma la Demandante.

“(ii) Adecuación del túnel y (iii) Reparación de los dinteles y recatas

“1508. Habiendo el Tribunal Arbitral concluido que la Demandada es responsable por el retraso sufrido en la actividad ID 639 Caseta de compuertas, es innecesario analizar de quién es la responsabilidad por el retraso en la reparación de los dinteles y recatas, una vez que el retraso sufrido en la ejecución de la actividad ID 639 ya justifica por sí mismo el retraso en la actividad ID 645.

“1509. El hecho de que las actividades se solaparan, no es una cuestión debatida por la Demandada.

“Sobrecostos sufridos por Kvaerner

“1510. El segundo aspecto a determinar es si Kvaerner ha sufrido, efectivamente, pérdidas de rendimiento que le irrogan sobrecostos.

“1511. Como en otros reclamos, el Tribunal únicamente dispone de cálculos de los sobrecostos realizados por el perito R & U. [se efectúa el análisis del cálculo de los costos]

Para la recurrente la decisión respecto de este reclamo se tomó *“sin el más mínimo sustento probatorio, concluyó que se había dado una situación imprevista y que las partes tenían una responsabilidad compartida”*.

iv) Consideraciones de la Sala acerca de este reclamo.

Como se observa, el Tribunal arribó a la conclusión de que la entidad era la responsable por el retraso en la reparación de los dinteles y las recatas, en tanto a ella correspondía la obligación de entregar la información relativa a los planos modificatorios; conclusión a la que llegó en razón de que la entidad convocada no acreditó que hubiese entregado tal información de manera oportuna. El análisis de los plazos en los cuales debía entregarse la información se efectuó a partir de los documentos del contrato –ACA No 1 y PDC-.

Así pues, para la Sala esta decisión no obedece a la ausencia de pruebas sino a las reglas relativas a la carga de la prueba, lo cual en manera alguna puede considerarse como una decisión en conciencia.

7.5.4. En relación con los sobrecostos ocasionados por la pérdida generalizada de productividad.

Para la demandada el Tribunal falló en conciencia respecto de los sobrecostos ocasionados por la pérdida generalizada de productividad en razón de la ocurrencia de dos conductas: *i)* Concluyó que la actuación de la interventoría resulta contraria a la buena fe *“sin que se hiciera una referencia clara, unívoca, explícita y concreta de los medios de convicción que servían de fundamento a la decisión”* y *ii)* se fundamentó indebidamente en la equidad, para lo cual citó una

sentencia de la Corte Suprema de Justicia y le dio una aplicación indebida, toda vez que esta se refiere a un caso de responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de actividades peligrosas.

A través del reclamo número 153 la convocante solicitó indemnización proveniente de los sobrecostos por la *“pérdida generalizada de productividad”*, en razón de las *“frecuentes afectaciones menores, pero repetidas causadas por la Propietaria”*.

i) Argumentos de la convocante.

Sostuvo la convocante que en el área de la construcción de este tipo de obras hidroeléctricas *“nunca, en su larga trayectoria, había tenido que tratar con una empresa interventora tan arrogante, que se hubiera excedido en sus responsabilidades y abusado de sus poderes como en el presente caso”*.

Enumeró una serie de comportamientos de la interventoría, los cuales, en su concepto, generaron innumerables contratiempos y malos resultados de la obra, entre otras cosas, por falta de preparación de los funcionarios de la firma interventora.

ii) Argumentos de la entidad demandada.

La demandada centra su defensa en la ausencia de pruebas y no controvierte los hechos alegados por el consorcio contratista. En efecto señaló lo siguiente²⁴³: *“Ante la manifiesta ausencia de prueba que acredite la PGP alegada por el Contratista, así como la falta de prueba respecto a la existencia y cuantía de los perjuicios que el contratista reclama por este concepto, no le queda al Tribunal alternativa diferente que negar las pretensiones de la Demandante sobre el particular”*

iii) Decisión del Tribunal Arbitral.

El Tribunal fundamenta su decisión a partir del análisis de los siguientes tópicos:

- 1) Analiza el reclamo relativo al concepto de PGP *–Pérdida Generalizada de Productividad–* y llega a la conclusión de que en este caso la PGP se orientan a demostrar que la *“Propietaria e Interventora no habían cumplido este deber general de actuación de buena fe”*.
- 2) Efectúa un análisis del concepto de *“La buena fe en el Derecho contractual”* a partir de diversas normas jurídicas colombianas –artículo 1603 del Código Civil, el artículo 871 del Código de Comercio–, de conformidad con el cual concluye que:

“2326. La PGP del contratista de una obra puede ser pues definida, en términos estrictamente jurídicos, como aquella conducta contraria a la buena fe del propietario o de su representante en obra, que haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas contractuales y legales, afecta significativamente al rendimiento y a la utilidad que la obra genera para el constructor.”
- 3) A partir de la cláusula 22 del contrato MI-100 llega a la conclusión de que las conductas desplegadas por la interventoría comprometen la responsabilidad

²⁴³ Original de la cita: Esc. R93 Pág. 522.

de la Propietaria, toda vez que ésta es “su representante para todos los efectos ante el Contratista” y por ello, de conformidad con el artículo 1505 del C.C., “Isagen es responsable, por el principio de caveat superior, de la actuación de su apoderada”.

- 4) Señaló que existieron diversas actuaciones de la interventoría que afectaron el contrato, tanto en su parte programática como económica, así:

“2330. Sentado este principio, queda franco el camino para que el Tribunal realice una valoración global de la actuación de la Interventoría, y por ende de la Propietaria, durante la fase de ejecución del Contrato. Analizada la extensísima prueba presentada a lo largo del procedimiento, oídos durante ocho sesiones testigos y peritos, estudiadas las miles de páginas de alegaciones presentadas, el Tribunal llega a la conclusión que, si no de forma general, sí al menos en ciertas pautas de conducta, la actuación de la Interventoría ha sido contraria a los estándares que cabría esperar de un supervisor de obra diligente y leal.

“2331. La opinión del Tribunal se basa en un análisis tanto programático como económico de lo acaecido durante la ejecución del Contrato.

“Cumplimiento programático

“2332. En el aspecto programático, es indiscutible que durante la ejecución de la obra se produjeron numerosísimos incidentes, debidos a causas no imputables al Contratista, que afectaron los plazos previstos en el PDC. A pesar de ello, la Interventoría y la Propietaria se negaron en todo momento a modificar el Programa, en una actuación que es difícilmente compatible con las exigencias de la buena fe contractual. La Demandante estima que hubiera tenido derecho a una extensión del plazo en 381 días. La cifra se deriva del peritaje de A2 Group, cuya fuerza probatoria la Demandante ha criticado. Tras valorar ampliamente ambas posturas, el Tribunal concluye que, aun si la cifra de 381 días probablemente sea exagerada, el Contratista sin lugar a dudas, hubiera tenido derecho a una extensión del plazo y a que esta extensión se reflejara en una modificación del PDC.

“2333. A pesar de disponer de un derecho a que los plazos de construcción se prorrogaran, lo cierto es que el Contratista, haciendo sin duda un importante esfuerzo de aceleración, logró cumplir el principal Hito constructivo, el de finalización de la obra, precisamente en la fecha prevista en el Contrato - lo que muestra un alto nivel de diligencia y pericia. Únicamente se produjo un breve retraso en la entrega en operación de la Central, por causas que en opinión del Tribunal no pueden ser imputadas al Contratista: la ausencia de agua en el pantano impidió que las pruebas exigidas se pudieran realizar a tiempo.

“2334. Frente a esta actitud proactiva y diligente del Consorcio, la Interventoría reaccionó imponiendo en primer lugar una serie de multas, y después negándose a devolverlas. La obligación de devolver las multas con respecto a los Hitos 9, 10, 11 y 7 ofrece poca duda jurídica - y a pesar de ello, la Propietaria y la Interventoría, en un incumplimiento que tiene visos de ser deliberado, se negaron a restituirlas.

“2335. En opinión del Tribunal Arbitral, el comportamiento de la Interventoría y a través de ella de la Propietaria en materia programática es indicativa de una conducta contraria a las exigencias de la buena fe.

“Cumplimiento económico

“2336. En materia económica, el Tribunal ha reconocido que la Demandante tiene razón, al menos en cuanto a la causa petendi en 52 reclamos (de un total de 69 presentados). La Demandante ha enumerado casi 50 casos adicionales, en los que imputa a la Interventoría una actuación incorrecta. Valorando la prueba en su totalidad, el Tribunal concluye que efectivamente se han producido múltiples retrasos en la entrega y revisión de planos, órdenes tardías, modificaciones de diseños, paralizaciones intempestivas, obras adicionales encubiertas y otras actuaciones incorrectas, imputables a la Interventoría y por ende a la Propietaria.

“Cuantificación del daño

“2337. Sentada la conclusión de que la actuación de la Interventoría y de la Propietaria no se ajusta a las exigencias del art. 1.603 C.C., queda el problema de cuantificar el daño causado al Consorcio.

“2338. El cálculo del daño constituye la *quaestio vexata* de toda reclamación basada en el incumplimiento de un deber de actuar de buena fe. Por su propia naturaleza, la mala fe se manifiesta en un conjunto difuso de actuaciones torticeras, no en un incumplimiento claro y contundente de una específica obligación contractual o legal. Si esa naturaleza difusa ya hace de por sí difícil que el juzgador constate la presencia de mala fe, las dificultades se exacerbaban a la hora de calcular el daño. En situaciones donde el juzgador ha constatado la violación del deber de actuar de buena fe y la existencia cierta de un daño, las exigencias de prueba deben moderarse, caso en el cual procede un razonamiento en equidad, no para abandonar el rigor de lo legal, sino como preceptúa la misma Constitución Política de Colombia (art. 230), como criterio auxiliar de una decisión en derecho.

“2339. El Contratista ha desarrollado y presentado en este arbitraje una metodología de cálculo del daño que ha sufrido, basada en los siguientes parámetros²⁴⁴:

- en primer lugar, el Contratista ha calculado el precio recibido por todas las actividades afectadas por pérdidas de productividad, en las que la duración ha excedido a la programada;

- en segundo lugar, para cada una de estas actividades ha calculado el sobrecoste por la mayor duración de la actividad, aplicando la metodología del Anexo 3 del ACA nº 1 y obteniendo un valor por día (que incluye una cuantificación de los costes indirectos superior al máximo del 20% permitido por el Contrato);

- en tercer lugar, ha determinado para cada una de las actividades con retrasos, los días de responsabilidad de la Propietaria;

²⁴⁴Original de la cita: Esc. C 82, págs. 520 a 526.

- en cuarto lugar ha multiplicado para cada actividad afectada, el valor por día retasado, por el número de días imputables a la Propietaria y alcanza un resultado de 1.803.881.892 PCO más 927.221 USD, que son los perjuicios totales derivados de pérdidas de productividad imputables a la Propietaria;

- finalmente, resta a estas cuantías las pretensiones referidas a algunos reclamos relacionados con la Vía Dorada - Isaza, el TdD, el TdF y el pozo de cables, por tratarse de pérdidas específicas de productividad que el Consorcio reclamó de forma independiente. El importe de la pérdida específica de productividad calculado por la Demandante asciende 932.344.622 PCO más 187.400 USD, lo cual - deducido de la pérdida de productividad total - arroja un importe total para la PGP de 871.537.270 PCO más 739.821 USD.

“2340. El cálculo ha sido realizado por la Demandante, con base en los retrasos informados por el perito A2 Group, y la metodología de cálculo fue revisada por el perito R & U. En principio, este tipo de división del trabajo no afecta al valor de la prueba, siempre que el perito, haciendo suyos los argumentos de la parte, emita una opinión profesional con respecto a la corrección y razonabilidad de la totalidad de los cálculos. El problema en este caso es que el perito R & U, al convalidar el cálculo presentado por el Consorcio, expresa dudas sobre algunos de los elementos de la cuantificación:

(i) el perito R & U advierte que no verificó el cálculo del coste total de las actividades afectadas por retrasos imputables a la Propietaria que le proporcionó el Contratista²⁴⁵;

(ii) asimismo, el perito decide no entrar a valorar el paso tercero, en el que se determina para cada una de las actividades el retraso de días de responsabilidad de la Propietaria. Con respecto a esta determinación el perito dice:

“Por no haber estudiado esos reclamos programáticos específicos, no tenemos elementos de juicio para juzgar la justificación del criterio adoptado por el Contratista para determinar el periodo de mayor duración que denomina “Tiempo imputable a la Propietaria...”²⁴⁶

“2341. La Demandante remite en este segundo punto al informe del experto programático A2 Group, quien acredita que ha revisado todos los reclamos programáticos e identificado los retrasos que considera imputables a la Propietaria. El Tribunal, sin embargo, no tiene acceso a la motivación que llevó en cada caso al perito a decidir que un retraso fue imputable a la Propietaria.

“2342. El Tribunal ya ha concluido que existió un incumplimiento del deber de actuar de buena fe por la Propietaria, y ha constatado que esta actuación irregular generó un daño a CNO, consistente en una PGP. También ha constatado que la cuantificación del daño se encuentra parcialmente

²⁴⁵Prueba C 87-1.44: Informe R & U, pág. 10, rta. 9.10.4.

²⁴⁶R & U pág. 11; aunque el perito, al final de este párrafo, y de forma bastante inconexa declara que el “Costo total de la pérdida de productividad” atribuido por el Contratista a la responsabilidad de la Propietaria es a su juicio justificado.

ratificada por los peritos. Sin embargo, persisten ciertas debilidades en distintos elementos probatorios, que llevan al Tribunal a concluir que la cifra reclamada no es un reflejo fiel del daño sufrido.

“2343. La jurisprudencia colombiana permite - y aun exige - al juzgador acudir a los criterios de equidad cuando la existencia de un daño ha sido probada, pero la cuantificación de éste sea de difícil prueba. Así, lo establece la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 5 de octubre de 2004:

“ ‘Con referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas.’”²⁴⁷

“2344. En vista de lo anterior, el Tribunal decide que la Propietaria deberá indemnizar al Contratista por la PGP sufrida, y que la cuantía adecuada de indemnización debe ser un 50% de la reclamada por la Demandante, es decir 435.768.635 PCO más 369.910 USD²⁴⁸.

“2345. Para la fecha de inicio de devengo de intereses la Demandante no ha especificado las fechas de ejecución reales para cada una de las 27 actividades afectadas por la PGP, lo cual lleva al Tribunal a estimar que la fecha de inicio de devengo de intereses sea el momento de finalización de las obras, es decir, el 9 de octubre de 2002.

“2346. En consecuencia, el Tribunal decide que la Demandada deberá satisfacer a **CNO** en virtud del **Reclamo nº 153**:

- **importe de los sobrecostos en PCO: 435.768.635 PCO;**
- **importe de los sobrecostos en USD: 369.910 USD;**
- **fecha de comienzo de devengo de intereses: 9 de octubre de 2002.”**

iv) Consideraciones de la Sala acerca de este reclamo.

Como se observa, el Tribunal arribó a la conclusión de que existió un incumplimiento por parte de la entidad demandada respecto del deber de actuar de buena fe y, con sustento en ello, resolvió condenarla al pago de los perjuicios que, según afirma, se derivaron de dicha inobservancia.

Pues bien, dado que la decisión arbitral en lo que a este aspecto se refiere tuvo por sustento el desconocimiento de un principio general del derecho que se encuentra expresamente regulado al interior del ordenamiento jurídico colombiano y que de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula compromisoria trigésimo tercera del contrato de obra MI-100, en concordancia con lo fijado en el

²⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de octubre de 2004, referencia de expediente n° 6975.

²⁴⁸ 50% de 871.537.270 PCO y 739.820 USD.

Acta de Misión suscrita por ellas²⁴⁹, el laudo arbitral en lo sustancial debía regirse por las normas colombianas, para efectos de resolver sobre este cargo del recurso resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

La buena fe ha sido reconocida como un principio general de derecho a través del cual, según palabras de la Corte Constitucional, “se adopta el valor ético y social de la confianza”²⁵⁰. Este principio general que de vieja data venía consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio colombiano - *disposiciones que, en principio, podría decirse regulan las relaciones jurídicas civiles y comerciales entre particulares* -, fue elevado a rango constitucional a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 y, por tal efecto, ampliado su espectro a las relaciones entre el Estado y los particulares. Al respecto, en el artículo 83 constitucional se dispuso expresamente que:

“ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes éstas”

En cuanto a lo que implica el acatamiento del principio de la *bona fides*, esta Sección ha señalado:

“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

“La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico.”²⁵¹

Las conductas de lealtad, honestidad y diligencia a las que la doctrina hace alusión, son también predicables respecto de los negocios jurídicos, toda vez que éstos se presumen celebrados de buena fe y obligan no sólo a lo que el tenor literal del respectivo convenio estipule, sino a todo aquello que de su naturaleza intrínseca se desprenda. La buena fe contractual implica entonces que en virtud de ella en el convenio sea posible identificar otras obligaciones y prohibiciones que por la virtualidad de la norma escrita no hubieren quedado contempladas de manera expresa en el contrato²⁵².

²⁴⁹Ver cuaderno “ACTA DE MISION Y ORDENES PROCESALES”.

²⁵⁰Corte Constitucional. Sentencia C-982 del 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15469.

²⁵²GALEANO, Francesco. “El negocio jurídico”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 453.

Sobre este particular, la legislación colombiana, en el artículo 1603 del Código Civil, dispone “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*” y, en el mismo sentido, en el artículo 871 del Código de Comercio señala “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural*”.

Finalmente, cabe destacar que a pesar de que existen materias en las que el legislador ha establecido expresamente que la mala fe puede ser presumida²⁵³, la regla general no es esa y, en consecuencia, salvo que la ley disponga lo contrario, las actuaciones o comportamientos que le sean contrarios deben ser plenamente acreditados.

Establecido entonces el marco normativo del principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano y sus implicaciones en el ámbito contractual, procede la Sala a estudiar si el fallo arbitral sobre este aspecto de la reclamación se profirió en conciencia o en derecho como correspondía.

Una vez revisada la decisión, se observa que el Tribunal de Arbitramento hizo alusión a los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio para efectos de determinar lo que, conforme a la buena fe contractual, debía significar la Pérdida Generalizada de Producción - PGP - y a partir de tal estudio la definió “*como aquella conducta contraria a la buena fe del propietario o de su representante en obra, que haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas contractuales y legales, afecta significativamente al rendimiento y a la utilidad que la obra genera para el constructor.*”

Así mismo, se encuentra que para efectos de atribuir la responsabilidad en cabeza de la demandada por los actos de la interventoría de la obra, el Tribunal de Arbitramento se fundamentó en la cláusula 22 del contrato de obra MI-100 y en el artículo 1505 del Código Civil.

No obstante lo anterior, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación, el fallo en conciencia no sólo se configura cuando el juez prescinde de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso, sino que también se presenta cuando, a pesar de haber hecho referencia a ellas, resuelve sin explicar las razones probatorias que dan lugar a su decisión, es decir, apoyándose en el principio de *verdad sabida y buena fe guardada*, cosa que, como se pasa a explicar, tuvo lugar en este caso en relación con el preciso aspecto que en este momento ocupa la atención de la Sala:

Si bien el Tribunal de Arbitramento a partir de normas jurídicas vigentes y aplicables al caso elaboró el concepto de Pérdida Generalizada de Producción - PGP - y la definió “*como aquella conducta contraria a la buena fe del propietario o de su representante en obra, que haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas contractuales y legales, afecta significativamente al rendimiento y a la utilidad que la obra genera para el constructor*”, lo cierto es que no se observa en el texto del laudo cuáles habrían sido las pruebas específicas que a juicio del Tribunal

²⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008: “...la Corte ha admitido que no se trata de un principio absoluto [se refiere a la buena fe], también ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe y le atribuya los efectos que considere en cada caso”.

constituyeron la mala fe de la entidad demandada y que, por tanto, dieran lugar a concluir que ésta incurrió en las conductas descritas en el concepto de la PGP.

En efecto, con el fin de sustentar que la actuación de la interventoría en algunos casos fue *“contraria a los estándares que cabría esperar de un supervisor de obra diligente y leal”*, los árbitros afirmaron que habían arribado a tal conclusión tras realizar *“una valoración global de la actuación de la interventoría”* y analizar la *“extensísima prueba presentada a lo largo del procedimiento, oídos durante ocho sesiones los testigos y peritos, estudiadas las miles de páginas de alegaciones presentadas”* que así se lo había demostrado, sin embargo, ni las pruebas que a ese convencimiento habían llevado, ni los argumentos que a partir de ellas habrían podido derivarse fueron referenciadas de manera específica en el laudo, tal como pasa a exponerse:

En cuanto al análisis programático, se aseveró en la providencia que *“es indiscutible que se produjeron numerosísimos incidentes, debidos a causas no imputables al Contratista, que afectaron los plazos previstos en el PDC. A pesar de ello, la Interventoría y la Propietaria se negaron en todo momento a modificar el Programa”*, comportamiento éste que se consideró como *“una actuación que es difícilmente compatible con las exigencias de la buena fe contractual”*, sin embargo, ninguna referencia se hizo respecto de prueba alguna que acreditara que dicho comportamiento estaba precedido por el no respeto de la buena fe, es decir por actuaciones contrarias a la lealtad, la honradez y el respecto de la confianza de su contratista, es más, ni siquiera se hizo alusión alguna a los motivos que tuvo la demandada para adoptar tales determinaciones, motivos que sin ser siquiera citados fueron calificados como contrarios a los postulados de la buena fe.

En este punto, oportuno viene a ser también precisar que en lo que respecta al peritaje A2 Group al que se hace referencia, el mismo es utilizado no para soportar la supuesta mala fe en la actuación de la parte demandada, sino la posibilidad de que el contratista hubiera tenido derecho a una extensión del plazo y a que tal extensión se reflejara en una modificación del PDC, pero inclusive en lo que a este punto se refiere, el Tribunal omitió señalar qué aspectos de la mencionada prueba le dieron sustento para hacer tales afirmaciones, esto aun cuando se señaló que para llegar a tal conclusión se analizaron ampliamente ambas posturas - *la de la parte demandante y la de la demandada* -, sin embargo, de ello no hay evidencia en el texto del laudo.

Igualmente, en lo que al análisis programático concierne, cabe también indicar que la afirmación que hizo el Tribunal en el sentido de señalar que ante la actitud proactiva y diligente del Consorcio, *“la interventoría reaccionó imponiendo en primer lugar una serie de multas, y después negándose a devolverlas. La obligación de devolver las multas con respecto a los Hitos 9, 10, 11 y 7 ofrece poca duda jurídica - y a pesar de ello, la Propietaria y la Interventoría, en un incumplimiento que tiene visos de ser deliberado, se negaron a restituirlas”*, se pone de presente también que el fallo en este aspecto se profirió con apego a las convicciones más íntimas de los árbitros, toda vez que, como se dijo, aunque la mala fe no se presume, sino que debe demostrarse, la misma se dio por sentada con sustento en un *“incumplimiento que tiene visos de ser deliberado”*, sin que se hiciera al menos referencia a prueba alguna que permitiera establecer que las actuaciones de la demandada hubieran sido contrarias a la buena fe.

En ese contexto, resulta razonable concluir que a partir del texto de la providencia y en lo que a este aspecto se refiere no es posible evidenciar en qué pruebas el

Tribunal se sustentó para efectos de atribuir mala fe a la conducta de la demanda, más aun cuando fue él mismo quien señaló al final del análisis programático que **“2335. En opinión del Tribunal Arbitral, el comportamiento de la Interventoría y a través de ella de la Propietaria en materia programática es indicativa de una conducta contraria a las exigencias de la buena fe”** (se destaca), más no demostrativa, porque, como se ha dejado expuesto, no se hizo referencia a prueba alguna que así permitiera determinarlo.

De otra parte, en lo que concierne al cumplimiento económico, se observa que el Tribunal se limitó a señalar que:

“Cumplimiento económico

“2336. En materia económica, el Tribunal ha reconocido que la Demandante tiene razón, al menos en cuanto a la causa petendi en 52 reclamos (de un total de 69 presentados). La Demandante ha enumerado casi 50 casos adicionales, en los que imputa a la Interventoría una actuación incorrecta. Valorando la prueba en su totalidad, el Tribunal concluye que efectivamente se han producido múltiples retrasos en la entrega y revisión de planos, órdenes tardías, modificaciones de diseños, paralizaciones intempestivas, obras adicionales encubiertas y otras actuaciones incorrectas, imputables a la Interventoría y por ende a la Propietaria.

Así pues, en lo que a este punto se refiere, extraña también la Sala en el texto de la providencia el señalamiento de las pruebas que permitieron a los árbitros endilgar a la entidad demandada unas supuestas conductas adelantadas de mala fe, así como el análisis probatorio que tal imputación requiere para soportarse, al menos si tal juicio de valor se realiza en un fallo que se dicte en derecho y no en conciencia, evento éste en el que no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, por cuanto éstas no son esenciales ni determinantes, porque se apoyan en el principio de la *verdad sabida y buena fe guardada*, propios de esta clase de decisiones.

En ese sentido y si como se dijo con anterioridad, el principio de la buena fe supone, tal como se dispone en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, que los sujetos de derecho deben actuar bajo determinadas normas de conducta que imponen que sus comportamientos deben estar precedidos por la lealtad, la honestidad, el respeto a la confianza de los demás, entre otros - *aspectos todos éstos que como se vio se aplican en el ámbito contractual* -, correspondía al Tribunal de Arbitramento argumentar con sustento en pruebas válidas obrantes en el proceso porqué las conductas desplegadas por la entidad demandada mediante la interventoría habían contrariado tales valores, sin embargo, no se observa en el texto del laudo razonamiento alguno que fundado en una prueba de la supuesta mala fe de la entidad convocada indique que ello hubiere sido así.

Así las cosas, a partir del análisis que antecede, resulta razonable concluir que los árbitros en su íntima convicción sobre lo que consideraron justo y equitativo según su propio criterio personal y por razones que no se encuentran expresamente plasmadas en el laudo, estimaron que la interventoría había actuado de mala fe, lo que permite concluir que en este aspecto el laudo se profirió, no en derecho como correspondía sino en conciencia y, por tanto, en lo que a este preciso aspecto se refiere la providencia será anulada.

Finalmente, debido a que el sustento de la condena impuesta por este concepto en contra de la demandada será anulado, se releva la Sala de pronunciarse

acerca de los argumentos que fueron expuestos en el recurso respecto de la cuantificación del daño.

7.6. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. Art. 163 [8].

7.6.1. Consideraciones acerca de la causal.

La causal que se alega en esta oportunidad se configura a partir de uno cualquiera de dos supuestos: **i)** que el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o, **ii)** que el laudo haya concedido más de lo pedido.

i) Que el laudo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance esta modalidad de la causal en comento y al efecto ha sostenido que:

“[L]a competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998²⁵⁴, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extra petita.²⁵⁵

“El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

i) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

ii) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las

²⁵⁴ En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

²⁵⁵ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

iii) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente”.²⁵⁶(Se resalta).

ii) Que el laudo haya concedido más de lo pedido.

En relación con este otro supuesto de la causal 4ª de nulidad, se ha entendido que la misma se configura cuando el laudo *“decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).”²⁵⁷*

Así mismo, se ha destacado que en virtud del principio de congruencia de las sentencias, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”²⁵⁸*, lo cual *“constituye un límite en la actividad del juzgador”²⁵⁹*.

7.6.2. Sustentación del recurso.

Sostuvo la parte convocada que en vista de que el otrosí de 6 de julio de 2004, que modificó la cláusula trigésimo tercera, es nulo con fundamento en las causales antes explicadas y el procedimiento previo a convocar el Tribunal contenido en ésta no se cumplió, *“el Tribunal carecía de competencia para resolver cualquier conflicto suscitado entre las partes, por tanto ninguno de los puntos sobre los que recayó el laudo estaba sujeto a su decisión.”²⁶⁰*

No obstante manifestó que en caso de no prosperar la nulidad de pacto arbitral, persiste la incompetencia del Tribunal por cuanto la suscripción del otrosí de 6 de julio de 2004 está viciada de nulidad relativa por el error en la persona del Consorcio Miel.

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁵⁸ Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, Exp. 5562. *“...El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación...”*.

²⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

²⁶⁰ Folio 390, cuaderno Consejo de Estado.

De otra parte, manifestó que aún en caso de que no se declare la nulidad del pacto arbitral con la modificación introducida por el referido otrosí, el Tribunal decidió sobre aspectos que no eran de su competencia, por cuanto la parte convocante no agotó los pasos previos para convocarlo.

También adujo que el Tribunal se pronunció acerca de hechos no decretados, allegados y debatidos inoportunamente porque en su demanda arbitral la parte convocante no sustentó fácticamente varias de sus pretensiones:

“En efecto, la convocante formuló pretensiones relacionadas con los reclamos sobre la Cantera PdH2, el Pozo de Cables, el Túnel de Fuga; la Central Subterránea, Presa, Bocatoma y Llenado de Embalse; el Túnel de Desviación, la vía Dorada-Izasa, Sistemas de Control Total y de Telecomunicaciones. Lo mismo ocurrió con las solicitudes sobre ‘Pérdida Específica de Productividad’, ‘Perturbación Generalizada de Productividad’ y ‘Aceleración’. No obstante, frente a dichas peticiones, no se expusieron los hechos que les servían de fundamento, como lo ordena la ley, debidamente determinados, clasificados y numerados, para que se pueda proferir un fallo congruente.”²⁶¹

Sostuvo que el Tribunal se pronunció sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal indicada, esto es la demanda, como el reclamo 4.1 *“Sobrecostos por Disponibilidad de Equipos y personal durante la Paralización de la Cantera Puente de Hierro II”²⁶²* que se puso en conocimiento del Tribunal mediante el escrito de sustentación de 2 de marzo de 2006 *“ocasión prevista por el Reglamento de la CCI, para sustentar, no para formular nuevas peticiones...”²⁶³*.

También expuso lo siguiente:

“En suma, brilla con luz propia, que el Tribunal violó el principio de congruencia del laudo al haber decidido con fundamento, en unos casos, en peticiones no sustentadas y, en otros, con base en hechos que fueron planteados por la convocante fuera de las oportunidades establecidas en la orden procesal, pues, como el propio Tribunal lo advirtió, la convocante debía formular de manera integral y completa las reclamaciones que se someten a los árbitros con señalamiento de todos los hechos relevantes, con la valoración precisa e individualizada de las pretensiones y con los correspondientes argumentos de mérito’, obligación que, como se dijo, no cumplió el Consorcio.”²⁶⁴

7.6.3. Consideraciones acerca de los cargos propuestos.

Se advierte que la recurrente alega la ocurrencia de esta causal, básicamente, a partir de las siguientes afirmaciones: **a)** La nulidad del otrosí número 13, absoluta o relativa; **b)** El no agotamiento de los pasos previos para convocar al Tribunal, previstos en el mismo otrosí; **c)** El Tribunal se habría pronunciado respecto de hechos no decretados, allegados y debatidos, en razón a que la parte convocante no sustentó fácticamente varias de sus pretensiones; **d)** El Tribunal se pronunció

²⁶¹ Folio 391, cuaderno Consejo de Estado.

²⁶² Folio 391, cuaderno Consejo de Estado.

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ Folio 392, cuaderno Consejo de Estado.

sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal. Se ocupará entonces la Sala del examen de los cargos propuestos.

i) Respecto de la nulidad absoluta o relativa derivada de la modificación de la cláusula compromisoria, se remite la Sala a lo expuesto acerca de la primera causal, en el sentido de considerar que los cargos formulados por la recurrente no tenían la virtud de ocasionar la nulidad de la cláusula compromisoria.

ii) En cuanto a la afirmación de que los miembros del consorcio no agotaron los pasos previos a acudir al Tribunal Arbitral, reitera la Sala lo expuesto anteriormente en el sentido de que tales requerimientos no constituyen argumento suficiente para generar la nulidad del laudo expedido.

Así pues, dada la existencia y la validez de la cláusula compromisoria, tanto la suscrita con el contrato MI-100, como la modificación efectuada el 6 de julio de 2004, observa la Sala que los árbitros se encontraban facultados para dirimir todas las desavenencias o controversias derivadas del mencionado contrato, luego, se entiende que la alegada incompetencia no podría derivarse de asuntos no contemplados en la cláusula compromisoria.

iii) Respecto de lo alegado por la recurrente en el sentido de que el Tribunal decidió sobre algunas pretensiones que no fueron sustentadas fácticamente, encuentra la Sala que no le asiste razón, toda vez que los fundamentos de hecho de tales pretensiones, que son las referidas a los reclamos *“la Cantera PdH2, el Pozo de Cables, el Túnel de Fuga; la Central Subterránea, Presa, Bocatoma y Llenado de Embalse; el Túnel de Desviación, la vía Dorada-Izasa, Sistemas de Control Total y de Telecomunicaciones; (...) las solicitudes sobre ‘Pérdida Específica de Productividad’, ‘Perturbación Generalizada de Productividad’ y ‘Aceleración’*, se encuentran descritos y detallados en las páginas 12 a 69 de la demanda arbitral²⁶⁵, así:

Frente a los reclamos relacionados con la Cantera Puente Hierro II²⁶⁶, se encuentra que éstos fueron sustentados fácticamente, toda vez que, como se puede observar en la demanda, páginas 12, 13, 14 y 64, se describieron in extenso las causas de las demoras en la explotación de la Cantera.

En cuanto a los reclamos relacionados con el Pozo de Cables²⁶⁷, se observa que fueron sustentados fácticamente, por cuanto se describieron las causas de los sobrecostos por condiciones locales diferentes a las previstas en la Licitación, tal como se evidencia en las páginas 14, 28, 33, 40 y 62 de la demanda.

Igualmente, en lo que concierne a los reclamos relacionados con el Túnel de Fuga²⁶⁸, se observa que éstos fueron sustentados fácticamente, ya que se describieron las causas de los sobrecostos por demoras en la excavación, tal y

²⁶⁵ Folio 391, cuaderno Consejo de Estado.

²⁶⁶ Páginas 12, 13, 14 y 64 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 *“Escritos del Demandante”*.

²⁶⁷ Páginas 14, 28, 33, 40 y 62 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 *“Escritos del Demandante”*

²⁶⁸ Páginas 15, 18, 20, 34, 38, 45 y 46 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 *“Escritos del Demandante”*

como se puede evidenciar en las páginas 15, 18, 20, 34, 38, 45 y 46 de la demanda.

Observa la Sala que los reclamos relacionados con la Central Subterránea, Presa, Bocatoma²⁶⁹, se encuentran también sustentados fácticamente, por cuanto, según se lee a páginas 20, 21, 22, 23, 29, 35, 36, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 64 y 65 de la demanda, se describieron las causas de los sobrecostos por el cambio en el diseño para la construcción en el plano de licitación.

En cuanto a los reclamos relacionados con el Llenado de Embalse²⁷⁰, se encuentra que en la demanda la parte convocante describió las demoras en el inicio de las pruebas para las unidades de generación cuya causa imputó a que las condiciones hidrológicas no correspondían a lo previsto en los documentos de licitación, por tanto, este punto de la reclamación también se sustentó fácticamente.

Frente a los reclamos relacionados con el Túnel de Desviación²⁷¹, se observa que éstos se encuentran sustentados fácticamente, toda vez que en las páginas 15, 19, 20, 39 y 40 de la demanda, la parte convocante describió las causas que, según ella, dieron lugar a los sobrecostos por la modificación de los diseños de la estructura del Túnel de Desvió.

Asimismo, en lo que respecta a los reclamos relacionados con la vía Doradilza²⁷², se observa que la parte convocante, a páginas 31, 36, 38 y 39 de la demanda, indicó, en suma, que debido a la carencia en el suministro de fuentes de materiales a cargo de ISAGEN S.A. E.S.P., se generaron los sobrecostos por la paralización de la obra. En consecuencia, en lo que a estos reclamos se refiere tampoco le asiste razón a la parte recurrente.

En lo atinente a los reclamos relacionados con el sistema de Control Total y de Telecomunicaciones²⁷³, se encuentra que éstos fueron sustentados fácticamente, toda vez que en la demanda se describieron las causas de las demoras para el montaje del sistema de telecomunicaciones.

En lo que concierne a reclamos relacionados con la Pérdida Específica de Productividad, Perturbación Generalizada de Productividad²⁷⁴, se observa también que la parte recurrente los sustentó fácticamente, al señalar, en síntesis, que debido a frecuentes interrupciones en la obra por cuenta de la entidad demandada, le fueron irrogados varios perjuicios.

Finalmente, se puede ver que la parte demandante para efectos de sustentar fácticamente los reclamos relacionados con la aceleración de obras y actividades,

²⁶⁹ Páginas 20, 21, 22, 23, 29, 35, 36, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 64 y 65 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 “Escritos del Demandante”

²⁷⁰ Páginas 16 y 41 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 “Escritos del Demandante”

²⁷¹ Páginas 15, 19, 20, 39, y 40 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 “Escritos del Demandante”

²⁷² Páginas 31, 36, 38 y 39 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 “Escritos del Demandante”

²⁷³ Página 28 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 “Escritos del Demandante”

²⁷⁴ Página 69 de la demanda arbitral contenida en el cuaderno RC E1 “Escritos del Demandante”

se refirió a los sobrecostos por efecto de la aceleración implementada por el contratista en la vía Dorada - Isaza, a la aceleración del túnel de desviación, a la aceleración del túnel de fuga, a los costos adicionales por cuenta de la aceleración de las obras implementadas por el contratista para la construcción de la central subterránea, bocatoma y operación de la planta de concreto, a la aceleración de la cantera Puente Hierro II, la planta de trituración y la presa, así como a la aceleración en el montaje de equipos electromecánicos.

iv) En cuanto a la afirmación de que el Tribunal se pronunció sobre aspectos que se propusieron por fuera de la oportunidad procesal, específicamente hizo alusión la recurrente al reclamo 4.1 –a “*Sobrecostos por Disponibilidad de Equipos y personal durante la Paralización de la Cantera Puente de Hierro II*”, encuentra la Sala que este argumento tampoco tiene asidero, ya que el reclamo 4.1 se presentó dentro la demanda arbitral, como se observa en la siguiente transcripción del escrito contentivo de la misma²⁷⁵:

“Las controversias que en virtud de la presente demanda se someten a arbitraje internacional se derivan en su totalidad de la ejecución del Contrato de Obra MI

“4. Paralizaciones de obras y actividades imputables a LA PROPIETARIA

“4.1. Sobrecostos De disponibilidad de equipos y personal durante la paralización de la cantera Puente Hierro II y sus efectos económicos sobre la trituradora y el CCR de la Presa (10.1.3) - Paralización de la Cantera Puente Hierro (4.3.3): La explotación de la Cantera puente de Hierro 2 fue paralizada en varias ocasiones por causas ajenas a la responsabilidad de C.N.O., en este caso, por una serie de situaciones que resultaron imputables a la PROPIETARIA. Esta paralización, aunada a otras situaciones presentadas en la Cantera, ajenas al CONTRATISTA, dieron lugar a una sucesión de paralizaciones en la Cantera, la trituradora y la Presa, que generaron la ociosidad de personal y equipo en distintos frentes, lo cual da derecho al reconocimiento de los costos no pagados por la PROPIETARIA por concepto de insumos, equipos y personal destinados por C.N.O a la ejecución del Contrato, y adicionalmente al reconocimiento de un derecho a mayor plazo en la ejecución de las actividades a su cargo.”²⁷⁶

“(…)

“VI. PRETENSIONES

“PRIMERA: Que se declare que, en relación con cada una de las reclamaciones descritas en el Capítulo anterior, durante la ejecución del Contrato MI-100, según corresponda a cada caso, acaecieron los riesgos a cargo de LA PROPIETARIA; existieron los cambios de especificaciones imputables a LA PROPIETARIA; se presentaron los incumplimientos de la Propietaria; ocurrieron las paralizaciones imputables a la Propietaria; se hicieron necesarias las aceleraciones de obra y actividades por causas imputables a la Propietaria; se presentó la disminución de obras imputable a la Propietaria; hubo lugar a una mayor permanencia de los recursos por razones atribuibles a la Propietaria, y surgió a favor del CONSORCIO MIEL

²⁷⁵ Folios 63 y 64 cuaderno RC E1 “Escritos del demandante”.

²⁷⁶Ver páginas 64 y 79 de la demanda arbitral, cuaderno RC E1, Escritos del Demandante.

el derecho a ampliación de plazos contractuales. EL CONSORCIO MIEL se reserva el derecho de demandar la reparación de deméritos patrimoniales por otros conceptos o causas aquí expuestos y que sean imputables o atribuibles a la PROPIETARIA. (...)" (Se destaca)

En virtud de lo citado, anota la Sala que no se violó el principio de congruencia en los aspectos alegados por la recurrente, toda vez que las pretensiones fueron debidamente soportadas y, además, las reclamaciones fueron presentadas oportunamente en la demanda arbitral.

En razón a lo expuesto, advierte la Sala que la causal invocada por el recurrente no se encuentra configurada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

8. Condena en costas.

Toda vez que prosperó una de las causales invocadas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, no procede en este caso condenar en costas a la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero: Prospera parcialmente el recurso de anulación interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P., en contra del laudo arbitral proferido el 2 de julio de 2010, por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional constituido para dirimir las controversias surgidas entre dicha entidad y las sociedades integrantes del Consorcio Miel, con ocasión del contrato MI-100 de 1995.

Segundo: En consecuencia, anular en su integridad el numeral **8.4.3. "RECLAMO N° 153: SOBRECOSTES POR LA PÉRDIDA GENERALIZADA DE PRODUCTIVIDAD"** de la decisión arbitral, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en consecuencia, restar de la condena impuesta en el laudo recurrido contra de ISAGEN S.A. E.S.P., el valor correspondiente a la condena derivada de este reclamo.

Tercero: Declárase infundado el recurso respecto de los demás cargos formulados.

Cuarto: Sin condena en costas.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA