

Consortio Ferrovial – Sainc vs. Carbones del Cerrejón Ltd., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2018, sentencia no. SC5677-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco

En la más reciente sentencia en la que decidió un recurso de anulación instaurado en contra de un laudo internacional, la Corte Suprema de Justicia siguió evidenciando una posición favorable en relación con el arbitraje internacional, confirmando el alcance limitado tanto de las causales de anulación como del estudio que puede llevar a cabo el juez de anulación. Mediante sentencia SC5677-2018 del 19 de diciembre de 2018, con ponencia de la doctora Margarita Cabello Blanco, la Sala Civil de la Corte declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por Ferrovial Agroman S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A. , como miembros del Consorcio Ferrovial-Sainc, contra el laudo arbitral, proferido bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, por medio del cual se resolvieron las disputas entre dicho Consorcio y Carbones del Cerrejón Limited.

El 14 de mayo de 2012 se celebró entre las partes un contrato para la ejecución de una serie de obras y estructuras marinas, en Puerto Bolívar, dentro del marco del Proyecto de Expansión P40. Tras algunas diferencias en la ejecución del contrato, el Consorcio inició un arbitraje CCI, con sede en Bogotá, cuya ley aplicable era la colombiana, en el cual solicitaba que se declarara la terminación del contrato y se condenara a Cerrejón al pago de una serie de indemnizaciones. Cerrejón, por su parte, contestó oponiéndose a todas las pretensiones del Consorcio y formuló demanda de reconvenición, en la que, entre otros, solicitó que el tribunal declarara que el contrato no había terminado, que la cláusula de limitación de responsabilidad era nula, que el Consorcio había incumplido el contrato al abandonar la obra injustificadamente, y que se condenara al Consorcio al pago de los daños y perjuicios ocasionados, así como el

reembolso de los pagos en exceso efectuados a terceros para la terminación de las obras.

Mediante laudo del 19 de abril de 2017, corregido mediante addendum del 8 de noviembre de 2017, el tribunal literalmente acogió todas las pretensiones de Cerrejón y desestimó todas las del Consorcio, condenando a este último al pago de \$102.158.165.822, más intereses moratorios, y lo condenó, igualmente, al pago de la totalidad de los costos del arbitraje y de los honorarios de los abogados de Cerrejón.

El Consorcio formuló recurso de anulación contra el mencionado laudo y Addendum. En dicho recurso alegó que el laudo debía ser anulado basado, entre otras, en las siguientes razones: (i) no habría podido hacer valer sus derechos (Art. 108(1)(b) de la Ley 1563 de 2012), en el entendido de que, a su juicio, el tribunal arbitral habría incurrido en nueve omisiones probatorias; (ii) el laudo contendría decisiones que excedían los términos del acuerdo de arbitraje (Art. 108(1)(c) de la Ley 1563 de 2012), toda vez que el tribunal no habría fallado de acuerdo con el derecho colombiano, como lo exigía la cláusula arbitral; (iii) el procedimiento arbitral no se habría ajustado al acuerdo entre las partes (Art. 108(1)(d) de la Ley 1563 de 2012), ya que no se excluyó la declaración testimonial de un testigo que no compareció a la audiencia, lo que, en su entender, contrariaba la Orden Procesal No. 1; y, (iv) el laudo sería contrario al orden público internacional colombiano (Art. 108(2)(b) de la Ley 1563 de 2012), en el entendido de que las supuestas omisiones probatorias llevarían a la existencia de vías de hecho por defectos fácticos o sustantivos, lo cual, en arbitraje internacional, en su opinión, equivaldría a una violación del orden público internacional colombiano.

Cerrejón, por su parte, contestó el recurso de anulación, aclarando tanto la naturaleza como el alcance del recurso de anulación, y contestó todos los argumentos del

Consortio, solicitando que se declarara infundado el recurso de anulación y que se condenara en costas a este último.

En la sentencia que decidió el recurso de anulación, la Corte inicia su estudio recordando que, en materia de arbitraje internacional, Colombia ha adoptado diferentes pautas y lineamientos internacionales, en particular, en la Ley 1563 de 2012, la cual, su sección internacional, se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI. En este sentido, la Corte señaló que el recurso de anulación en Colombia tiene, de acuerdo con los lineamientos internacionales, un ámbito limitado y restringido, por lo que solo se puede interponer con soporte en causales taxativas, lo cual le impide al juez de anulación examinar el fondo de la controversia, tal y como lo establece el artículo 107 de la Ley 1563 de 2012.

Adicionalmente, la Corte realizó un análisis, en abstracto, de cada una de las causales alegadas por el recurrente con el fin de determinar su alcance. Con respecto a la primera causal invocada por el Consortio, esto es, la relativa a que no habría podido hacer valer sus derechos, la Corte precisa que la misma busca proteger el derecho de las partes a ser oídas, a ser tratadas igualitariamente y a ejercer el derecho de contradicción y defensa. Aclara la Corte, sin embargo, que la afectación al debido proceso, bajo esta causal, debe ser sustancial, más no sustantiva, esto es, que el yerro probatorio alegado debe ser ostensible, flagrante, manifiesto e irrazonable, además de tener una incidencia directa en la decisión; pero sin entrar, en ningún momento, a calificar la valoración probatoria o argumentación del tribunal arbitral. Según la Corte, se deben diferenciar las simples discrepancias o desacuerdos que se puedan tener con la decisión del tribunal arbitral, toda vez que éstas últimas no tienen la entidad suficiente para anular el laudo.

En cuanto a la siguiente causal alegada, es decir, que el laudo contendría decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, la Corte sostiene que la misma se refiere a eventos en los cuales se resuelven diferencias por fuera de lo autorizado en el pacto arbitral. Por tanto, la configuración de dicha causal se debe determinar a partir de una comparación objetiva entre el contenido del acuerdo arbitral y la decisión de los árbitros. No obstante, advierte de nuevo la Corte, lo anterior no significa que, vía esta causal, se pueda buscar descalificar el mérito del raciocinio hecho por los árbitros o las consideraciones que sirvieron como motivación del laudo, pues ello correspondería a un recurso de instancia y no a uno anulación.

Continúa la Corte con el estudio de la tercera causal alegada, esto es, que el procedimiento arbitral no se habría ajustado al acuerdo entre las partes. En este sentido, la Corte sostiene que dicha causal se configura cuando los árbitros desatienden, injustificadamente, las pautas de procedimiento fijadas por las partes, siempre que dicha omisión sea sobre todo el trámite o que sea de tal gravedad que, con ella, se vulnere el derecho de contradicción o de defensa. Sin embargo, recuerda la Corte que la irregularidad ha de ser puesta en conocimiento del tribunal arbitral y que el mismo debe haber desestimado la reclamación, so pena de entenderse saneado el eventual vicio.

Finalmente, la Corte entra en el estudio, en abstracto, de la última causal invocada, vale decir, que el laudo es contrario al orden público internacional de Colombia. Sobre el particular, la Corte reitera su ya pacífica jurisprudencia en el sentido de que la mencionada causal busca proteger los principios fundamentales y rectores del ordenamiento nacional como son el orden social y político del Estado, las libertades públicas o el derecho a tener un proceso con plenas garantías que respete el debido proceso. De igual manera, la Corte resalta que, en Colombia, y a diferencia de instrumentos internacionales tales como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo

de la CNUDMI, el concepto de orden público es el de “orden público internacional”, lo cual restringe aún más dicho concepto y la de una visión más internacionalista, en concordancia con las tendencias más actuales a nivel mundial.

Una vez terminado el estudio en abstracto de las causales, la Corte analiza las particularidades del caso en concreto. En primer lugar, la Corte puntualizó que el recurso “adolece de técnica”, toda vez que busca la reapertura del fondo de la controversia, lo cual escapa del ámbito del recurso de anulación y del examen que el juez puede llevar a cabo al estudiar dicho recurso. Advierte la Corte que ello “resultaría suficiente para desestimarlo”; no obstante, realiza un análisis detallado de cada una de las causales.

En ese orden de ideas, la Corte entra en el estudio particular de cada causal, las cuales termina por desestimar, considerando, entre otros, lo siguiente: (i) que el tribunal falló de acuerdo con una valoración integral de todo el material probatorio disponible; (ii) el tribunal no excedió los términos del acuerdo de arbitraje y falló de acuerdo con el derecho colombiano; (iii) el procedimiento arbitral se ajustó al acuerdo de las partes; y, (iv) el laudo no es contrario al orden público internacional de Colombia.

Es preciso resaltar el estudio que llevo a cabo la Corte al desestimar las alegaciones del Consorcio en el sentido de que el tribunal arbitral se habría apartado del procedimiento arbitral acordado por las partes, puesto que se había tomado en consideración la declaración escrita de un testigo que no había comparecido a la audiencia. Sobre el particular la Corte nota que las partes acordaron que el procedimiento iba a ser el del Reglamento de la CCI y que, basados en el mismo, las partes acordaron, en la Orden Procesal No. 1, que todas las materias probatorias se regirían por las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional (las Reglas de la IBA). Señala la Corte que, de acuerdo con dichas Reglas de la IBA, los

documentos son un medio probatorio distinto y con una regulación autónoma a las declaraciones testimoniales. En ese sentido, puntualiza la Corte que los reproches que alegó el Consorcio, no se presentaron respecto de la declaración testimonial en sí misma, sino sobre los documentos y cartas que el testigo había suscrito durante la ejecución contractual. En consecuencia, el hecho de que el testigo no haya comparecido a la audiencia, no anula ni excluye del material probatorio los documentos o cartas que dicho testigo haya suscrito, toda vez que se trata de medios de prueba distintos que cuentan con una regulación diferente.

De acuerdo con lo anterior, la Corte declaró infundado el recurso de anulación y condenó en costas al recurrente.