



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación	110010326000201400127 00 (52039)
Demandante	ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN
Demandado	REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
Asunto	RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el Aser Zona Franca S.A.S. – Aserfranca S.A.S. en liquidación, en contra del laudo arbitral del 18 de julio de 2014 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la convocante, y ahora recurrente, y la Refinería de Cartagena S.A. – Reficar.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda arbitral



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

El 24 de septiembre de 2012 Aser Zona Franca S.A.S. – Aserfranca S.A.S. en liquidación (en adelante Aser)¹, mediante apoderado judicial debidamente constituido, presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral en contra de Refinería de Cartagena S.A. (en adelante Reficar)², para que fuesen resueltas, en derecho, las diferencias entre ellas surgidas.

2. Fundamento fáctico de la convocatoria

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

2.1. Entre la Unión Temporal ASER (en adelante Aser) y Reficar se celebró un contrato de fabricación de estructuras metálicas para la ampliación de la refinería de Cartagena, por un valor de hasta USD\$21'471.048,00 y un plazo de ejecución de 28 meses, contenido en la oferta mercantil irrevocable No. 42166001-PO-0521002 expedida por Reficar, la cual, junto con su aceptación, constituyó el marco general dentro del cual se expedían órdenes de compra específicas. De acuerdo con el contrato, Reficar no se encontraba en la obligación de expedir órdenes de compra, ni Aser la de aceptar las emitidas. Afirmó el convocante que el contrato quedó "*finalmente legalizado*" el 15 de septiembre de 2010 y no el 20 de agosto del mismo año como lo

¹ De acuerdo con lo narrado por el convocante en la demanda arbitral la unión temporal ASER decidió crear la sociedad ASER ZONA FRANCA S.A. - Aserfranca a quien le fue cedido el contrato celebrado con Reficar, lo cual fue aprobado por esta última en comunicación del 23 de mayo de 2011. Advirtió la convocante que los miembros de la unión temporal siguieron vinculados al contrato en forma solidaria con Aserfranca.

² Folios 2 al 32 del cuaderno principal No. 1 del trámite arbitral.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

sostiene Reficar. CBI Americas Limited (en adelante CB&I) actuó como representante técnico de Reficar y administrador del contrato.

2.2. La primera orden de compra fue expedida por Reficar el 19 de octubre de 2010, por un valor de USD\$2'959.809,12 y un plazo de ejecución de 2 meses y 12 días. El valor fue adicionado en 3 oportunidades, con incremento cercano al 55% de su precio inicial, adiciones que fueron legalizadas y pagadas "*...mucho después de haber sido ejecutados los trabajos por parte de ASER-UT...*", lo cual generó importantes costos financieros.

En la ejecución de la orden de compra se presentaron múltiples inconvenientes, entre los que destacó el libelista: i) CB&I entregó los planos de diseño en "*...formato PDF (tipo imagen)*" lo cual hizo que el trabajo tomara mucho más tiempo y no produjera los rendimientos esperados; ii) Al inicio de la ejecución de la orden de compra se presentaron inconvenientes con la ingeniería del proyecto, los cuales generaron el rechazo por CB&I de los planos enviados por Aser; sin embargo, no fue el rechazo de los planos, sino las constantes modificaciones hechas por CB&I, las que generaron un retraso en el cronograma ejecución. Las adiciones y modificaciones en la ingeniería de diseño sometió a la Aser a "*reprocesos*" en la elaboración de los planos de taller y montaje para fabricación, lo cual no permitía la entrega de la ingeniería de detalle completa, lo que, a su vez, retrasó el inicio de la fabricación de las estructuras metálicas objeto de la primera orden de compra; y iii) De acuerdo con el anexo 3 del contrato, los planos de diseño de la unidad 2 –objeto de la primera orden de compra– debían ser entregados por Reficar entre el 2 de



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

septiembre y el 3 de octubre de 2010, no obstante lo cual la ingeniería de diseño se siguió enviando hasta el 21 de julio de 2011.

Lo anterior significó más de 200 cambios en la orden de compra y, consecuentemente, sobrecostos en la administración del contrato, en la fabricación por los tiempos de espera ("*stand by*"), e incrementos en los costos de los materiales por su adquisición al detal y por la variación entre las fechas de compra estimadas, las reales y el alza de precios en ese interregno.

Los cambios a los que fue sometida la primera orden de compra desconocieron los parámetros establecidos en el anexo 4 del contrato, denominado "*cambios en el alcance*", cuya cláusula 1(A) establecía que los cambios contractualmente permitidos eran aquellos que se pudieran realizar sin ningún costo adicional ni cambio en el cronograma.

De las afectaciones en la ejecución del contrato fue informada Reficar tanto en reuniones adelantadas entre las partes como en comunicaciones dirigidas por Aser a Reficar y a CB&I, en las que se requirió, entre otros asuntos, el ajuste de los precios unitarios.

2.3. La segunda orden de compra, por USD\$7'118.636,33, fue recibida por Aser el 9 de noviembre de 2010, para la fabricación de la unidad 137-01 –posteriormente fueron adicionadas las estructuras 100 y 110–, con una ejecución comprendida entre el 5 de noviembre de 2010 y el 10 de febrero de 2011. El valor de la orden fue incrementado el 26 de septiembre de 2011 en USD\$2'201.477,64 y, finalmente, fueron



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

ejecutados USD\$8'674.744,54. Observó la convocante que la mayor cantidad de materiales requeridos en esta orden son elementos de estructura extra-pesada de difícil consecución o de compra sobre pedido a siderúrgicas, por lo que, antes de recibir la orden de compra (6 de septiembre de 2010) asumió el riesgo de hacer el pedido de las "vigas extra-pesadas", con el fin de cumplir las expectativas de fabricación de Reficar y CB&I, cubrir las necesidades del proyecto para los meses restantes de 2010 y para el cumplimiento de los plazos esperados por la contratantes.

El 25 de octubre de 2010 CB&I remitió a Aser los planos de diseño de la unidad 137-01, en los cuales se presentan importantes zonas en espera que impedían a esta última elaborar los planos de taller y montaje completos de la unidad, lo cual generó retrasos en el cronograma, tanto de ingeniería como de compra y fabricación de material. Se presentaron, igualmente, inconvenientes en la aprobación de los planos, por modificaciones sustanciales por parte de CB&I, lo cual motivó la realización de reuniones y actividades adicionales para superar las dificultades que ello ocasionó, con la consecuente dilación del proyecto. Agregó la convocante:

"De acuerdo con el Anexo 3 – Cronograma Estimado del Contrato para la unidad 137, los planos de diseño debieron ser suministrados por CB&I y REFICAR entre el diecisiete (17) de septiembre y el primero (1) de octubre de 2010. Sin embargo, los cambios, las modificaciones y liberación de las áreas en espera de los planos de diseño toman cerca de un (1) año, las cuales suman aproximadamente ciento cincuenta y cinco (155) modificaciones en total. El último plano de diseño se recibió el seis (6) de octubre de 2011".



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Por acuerdo previo entre Reficar, CB&I y Aser, esta última envió comunicación formal a Reficar indicándole que no fabricaría la unidad 137-08.

El 27 de julio de 2011 se adelantó una reunión entre Aser y CB&I, en la que aquella señaló la necesidad de un ajuste de precios por el desequilibrio económico que se le había causado, frente a lo cual se planteó un sistema de bonos por entregas anticipadas de trabajo, lo cual reconoce la necesidad de compensar a Aser por los sobrecostos que generaron las constantes modificaciones a la ingeniería hechas por Reficar y CB&I. La solicitud de ajuste se formalizó en comunicación del 30 de julio de 2011, en la que requirió un incremento del 35% en los precios unitarios, *“...pero la respuesta de CB&I es que él no puede hacer bonificaciones y que se deben buscar formas al interior del Contrato que permitan el reajuste”*.

2.4. El 20 de junio de 2011 Aser recibió una tercera orden de compra por valor de USD\$2'993.502,85, la cual decidió no aceptar debido a la ausencia de respuesta por parte de Reficar y CB&I respecto de las solicitudes de ajuste de precios. El 24 de noviembre de 2011, Aser presentó, finalmente, una reclamación ante Reficar, pues consideró que lo ocurrido durante la ejecución del contrato constituía un desequilibrio económico.

“El resultado final es que REFICAR incumplió la obligación contractual de entregar la ingeniería básica a ASER en el momento apropiado, de tal manera que pudieran ejecutarse las dos (2) órdenes de compra dentro de los plazos previstos en las mismas. ASER debió entonces someterse a los costos de órdenes de compra ejecutadas en plazos mucho mayores de las que aceptó y, más grave aún, a precios de materiales que, al ser comprados por fuera



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

de los plazos establecidos en cada una de las órdenes de compra resultaron significativamente más costosos para el contratista".

3. Pretensiones

Con fundamento en los hechos antes relacionados, la convocante formuló las pretensiones que la Sala transcribe a continuación, tal como aparecen en el escrito de la demanda arbitral³:

"1.1. Que se declare que la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. incumplió las obligaciones contraídas en el contrato que se formó mediante la aceptación de la Oferta Mercantil Irrevocable No. 42166001-PO-0521002, por parte de las sociedades que formaron la denominada 'UNIÓN TEMPORAL ASER' y, en particular, pero sin limitarse a ella, la obligación prevista en la cláusula 2.08, consistente en entregar oportunamente a las sociedades que integraron la UNIÓN TEMPORAL ASER y, posteriormente, a la sociedad ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, cesionaria del contrato, la información técnica necesaria para la ejecución del contrato.

"1.2. Que se declare que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de REFINERÍA [sic] DE CARTAGENA S.A. causó graves perjuicios a las sociedades que formaron la denominada 'UNIÓN TEMPORAL ASER' y a la sociedad ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S., cesionaria del contrato, los cuales deben ser pagados por REFINERÍA [sic] DE CARTAGENA S.A. a ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, en su calidad de cesionaria del contrato.

"1.3. Que se condene a la sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. a pagar a la sociedad ASER ZONA FRANCA S.A.S – ASERFRANCA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, como cesionaria del contrato, todos los perjuicios que se causaron a las sociedades que formaron la denominada UNIÓN TEMPORAL ASER, así como los perjuicios causados a la sociedad ASER ZONA FRANCA S.A.S – ASERFRANCA

³ Folios 2 y 3 del cuaderno principal No. 1 del trámite arbitral.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

S.A.S., cesionaria del contrato, todos los cuales estimo en la cuantía de un millones seiscientos veintinueve mil cuatrocientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América (USD 1.629.457) y diez mil seiscientos seis millones ciento cincuenta y siete mil setecientos ochenta y nueve pesos colombianos (COP 10.606'157.789) o la que resulte probada en el proceso, todos los cuales deberán ser pagados en la moneda que estime procedente el Tribunal.

“1.4. Que se declare que la sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. incurrió en mora en los pagos de varias facturas presentadas por la UNIÓN TEMPORAL ASER y por ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S.

“1.5. Que se declare que los pagos hechos tardíamente por la sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. a la UNIÓN TEMPORAL ASER y a ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S. deben imputarse primero a intereses y luego a capital.

“1.6. Que se condene a la sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. a pagar a ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S. los intereses de mora que se causen sobre el capital que resulte insoluto en cada factura que fue pagada tardíamente a la UNIÓN TEMPORAL ASER y a ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA S.A.S., luego de que el pago se impute en primer lugar a intereses y luego a capital, a la tasa máxima permitida por la ley colombiana, entre la fecha en que se pagó la factura y aquella en que se realice efectivamente el pago, o las fechas que determine el tribunal.

“1.7. Que se condene a la sociedad REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. a pagar las cosas del presente trámite arbitral”. :

4. Cláusula compromisoria



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

El pacto arbitral fue estipulado en la cláusula denominada “sección 3.06” del contrato celebrado entre las partes⁴:

“Ley aplicable y cláusula compromisoria: Esta OFERTA y el NEGOCIO JURÍDICO se registrarán por la LEY APLICABLE. EL COMPRADOR y EL VENDEDOR acuerdan que cualquier disputa o controversia que no pueda ser objeto de un proceso ejecutivo y que surja entre ellas en relación con la OFERTA y/o el NEGOCIO JURÍDICO, incluyendo pero sin limitarse a las que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, terminación, liquidación e interpretación del NEGOCIO JURÍDICO y que no pueda ser resuelta directamente por EL COMPRADOR y EL VENDEDOR en el lapso de treinta (30) días calendario contados desde la fecha en que una de ellas comunique por escrito a la otra la existencia de la disputa, deberá ser resuelta por un tribunal de arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de una lista de árbitros registrados en dicho centro, las tarifas y honorarios serán los establecidos por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se regirá por las normas aplicables para el efecto y particularmente por el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y las normas que los deroguen o modifiquen y se ceñirá a las siguientes reglas:

“(i) el tribunal estará integrado por un árbitro que deberá ser abogado,

“(ii) el tribunal se reunirá en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y

“(iii) el tribunal fallará en derecho”.

5. Trámite arbitral

5.1. Mediante auto número 1 del 31 de enero de 2013, entre otras determinaciones se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones

⁴ Folio 138 del cuaderno de pruebas No. 1 del trámite arbitral.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

de ley⁵. El mencionado proveído fue revocado por auto del 13 de marzo de 2013, por el cual se inadmitió la demanda y se ordenó subsanar lo correspondiente en los términos del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil⁶. Mediante auto del 3 de abril de 2013 fue, finalmente, admitida la demanda, se ordenó el traslado del mismo y las notificaciones a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁷.

5.2. Mediante escrito presentado el 2 de julio de 2013⁸ Reficar presentó el escrito de contestación a la demanda, en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones “...por carecer de sustento en la Ley, en los derechos invocados y en los hechos ocurridos realmente...”, aceptó unos hechos, negó otros, precisó algunos y no le constaban los restantes.

Propuso las siguientes excepciones:

5.2.1. *Contrato no cumplido.* Afirmó Reficar que Aser no ejecutó las prestaciones a su cargo en la forma y tiempo debidos y que los incumplimientos del contrato fueron permanentes y graves. En particular, subrayó (i) la falta de personal técnico e idóneo para el desarrollo de la ingeniería de detalle y la coordinación con los talleres de fabricación; (ii) el incumplimiento de los requerimientos técnicos de REFICAR respecto del desarrollo de la ingeniería de detalle; (iii) el incumplimiento en el tiempo de entrega de la ingeniería de detalle a

⁵ Folios 192 y 193 cuaderno principal No. 1 del trámite arbitral.

⁶ Folios 219 a 229 *loc. cit.*

⁷ Folios 233 y 234 *loc. cit.*

⁸ Folios 1 al 78 del cuaderno principal No. 2 del trámite arbitral.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

cargo de Aser; (iv) incumplimiento a los requerimientos técnicos de Reficar respecto de la fabricación de los ítems contratados; (vi) incumplimiento con los plazos de entrega de los bienes; y (vii) falta de disponibilidad de un interlocutor válido y autorizado para la ejecución del contrato y las órdenes de compra.

5.2.2. *Ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual de la refinería de Cartagena S.A.* Sobre este particular afirmó que no concurrían los elementos necesarios para configurar la responsabilidad contractual. En punto del alegado incumplimiento de Reficar, indicó (i) que la información técnica le fue entregada oportunamente a Aser por parte de CB&I; (ii) no era obligación de Reficar entregar la información en un formato electrónico específico; (iii) Reficar, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, podía modificar la ingeniería de diseño y realizar observaciones frente a la ingeniería de detallada presentada por Aser o rechazarla, y los efectuados en desarrollo del contrato fueron menores y nunca fueron protestados o rechazados por Aser; y (v) Reficar respetó las condiciones de pago pactadas en el contrato.

En relación con el presunto daño causado a la convocante por la variación, al alza, de los precios de la materia prima de los bienes objeto del contrato, señaló que los precios unitarios pactados eran fijos y, por lo mismo, el riesgo de su fluctuación estaba a cargo de Aser.

En cuanto al nexo causal, como elemento de la responsabilidad contractual, indicó que “...las anteriores circunstancias rompen el nexo de causalidad entre el supuesto incumplimiento y el daño alegado.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Este se debió a la fluctuación en los precios del acero y no a la conducta de REFICAR".

5.2.3. *Improcedencia del reconocimiento de intereses.* Teniendo en cuenta que los pagos a cargo de Reficar se realizaron de manera oportuna, no habría lugar al reconocimiento de intereses. Sin embargo, advirtió que de encontrarse procedente el pago de tales réditos, solicitó la compensación de los mismos con aquellos otros generados por los recursos entregados a Aser a título de anticipo.

5.2.4. *Innominada.* Solicitó al Tribunal Arbitral declarar toda excepción de mérito cuyos hechos constitutivos se encuentren demostrados.

5.3. En escrito del 11 de julio de 2013 la actora describió el traslado frente a las excepciones propuestas, solicitó algunas pruebas y se pronunció sobre requeridas por la convocada⁹. En auto de la misma fecha¹⁰ y vistas las actuaciones de las partes, se citó a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 121 de la Ley 446 de 1998, la cual se adelantó, sin éxito, el día 25 siguiente¹¹.

5.4. En proveído del 11 de septiembre de 2013, el Tribunal de Arbitramento, entre otras determinaciones, definió sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), advirtiéndola plena para conocer de las pretensiones propuestas en la demanda, así como de las excepciones de mérito formuladas en el escrito de contestación de

⁹ Folios 82 a 90 *loc. cit.*

¹⁰ Folios 91 y 92 *loc. cit.*

¹¹ Folios 101 y 102 *loc. cit.*



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

la misma¹². En auto del 15 de octubre de la misma anualidad se realizó el decreto de pruebas.

5.5. Con auto del 27 de mayo de 2014¹³ se decreto el cierre de la etapa de instrucción del trámite advertidas la práctica y recaudo de la totalidad de los medios de convicción cuyo decreto ordenó el Tribunal de Arbitramento y se fijó la audiencia que por ley se determina para que las partes pudieran alegar de conclusión, lo cual sucedió el 6 de junio de 2014, fecha esta última en la que, el mismo Tribunal, ordenó la realización de la audiencia para proferir el laudo arbitral¹⁴.

5.6. Mediante auto del 9 de diciembre de 2013 el término del proceso fue suspendido entre el 10 de diciembre de 2013 y el 16 de febrero de 2014¹⁵; mediante auto del 21 de febrero de 2014 fue suspendido entre el 25 del mismo mes y hasta el 7 de marzo de 2014¹⁶; y en auto del 6 de junio de 2014, la suspensión se ordenó entre el 7 de junio y el 1 de julio de 2014.

6. Laudo recurrido

Producto del trámite adelantado el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo el 18 de julio de 2014, en el cual negó, en su integridad, las pretensiones de la demanda y declaró la prosperidad de la excepción de “*inexistencia de incumplimiento de REFICAR*”¹⁷.

¹² Folios 114 a 119 *loc. cit.*

¹³ Folios 101 a 102 del cuaderno principal No. 3 del trámite arbitral.

¹⁴ Folios 201 a 203 *loc. cit.*

¹⁵ Folios 268 *loc. cit.*

¹⁶ Folio 273 *loc. cit.*

¹⁷ Folios 364 a 525 del cuaderno principal del Consejo de Estado.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

7. Recurso de anulación

El 25 de julio de 2014 Aser Zona Franca S.A.S Aserfranca S.A.S., en liquidación interpuso, en la oportunidad procesal indicada, el recurso extraordinario de anulación en contra del laudo proferido, con base en las causales previstas en los ordinales 6º y 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998¹⁸.

8. Trámite del recurso de anulación

8.1. Mediante auto de 12 de marzo de 2015, este Despacho avocó conocimiento del recurso de anulación interpuesto por la parte convocante y, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, le dio traslado por el término de cinco (5) días para que lo sustentara. Así mismo, otorgó traslado sucesivo a la parte contraria y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión¹⁹.

8.2. La parte convocante sustentó el recurso de anulación a través de escrito presentado el 19 de marzo de 2014, en el que expuso los argumentos que más adelante se sintetizarán²⁰.

¹⁸ Decreto 1818 de 1998, artículo 163: "*ARTÍCULO 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:*

"(...)

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

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

¹⁹ Folios 530 a 535 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

²⁰ Folios 536 a 563 del cuaderno principal del Consejo de Estado



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

8.3. Dentro del término de traslado para alegar en el presente trámite, en escrito del 6 de abril de 2015, la parte convocada solicitó declarar improbadas todas las causales de anulación propuestas y, como consecuencia, declarar infundado el recurso y condenar a la parte recurrente al pago de las costas y perjuicios causados.

8.4. Mediante concepto radicado el 20 de abril de 2014, el Ministerio Público, luego de analizar los argumentos expuestos por la impugnante y lo decidido en el laudo arbitral, concluyó que éste debía ser confirmado²¹.

II. CONSIDERACIONES

1. Régimen jurídico aplicable al recurso y la competencia de la Sala

1.1. La Ley 1563 de 2012, por la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, recogió la normativa existente en el país en materia de arbitraje, incluyó algunas modificaciones, a través de su artículo 118 derogó el Decreto 1818 de 1998 en todo lo referente al arbitramento²² y, adicionalmente, consagró en el artículo 119 su entrada en vigencia, la cual inició el 12 de octubre del 2012²³.

²¹ Folios 591 a 598 del cuaderno principal Consejo de Estado.

²² Ley 1563 de 2012, artículo 118. "Derogaciones. Deróguense [sic] el Decreto número 2279 de 1989; el inciso primero del artículo 10 del Decreto número 1056 de 1953, los artículos 90 a 117 de la Ley 23 de 1991; los artículos 12 a 20 del Decreto número 2651 de 1991; los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993; los artículos 111 a 132 de la Ley 446 de 1998; los artículos 111 a 231 del Decreto número 1818 de 1998; el inciso 3 del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003; el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007; la Ley 315 de 1996; el literal b) del artículo 3o y el inciso 3 del artículo 7 de la Ley 1394 de 2010, el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011; el inciso 2 del artículo 693 del Código de



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

Consecuente con lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación, en providencia de unificación del 6 de junio de 2013 precisó que se aplicaría la normativa del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012²⁴.

Así las cosas, teniendo en cuenta que Aser Zona Franca S.A.S. – Aserfranca S.A.S. en liquidación, presentó el 24 de septiembre de 2012 la demanda arbitral, se colige, en consecuencia, que el presente trámite de anulación de laudo arbitral se rige por las disposiciones contenidas el Decreto 1818 de 1998.

1.2. La Sala de Sección es competente para decidir el recurso de anulación formulado por la parte convocante contra el laudo arbitral del 18 de julio de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Aserfranca S.A. en liquidación y Reficar, toda vez que, por virtud de lo dispuesto en el ordinal 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde al Consejo de Estado, de manera privativa, el conocimiento de esta clase de recursos cuandoquiera que la cuestión debatida grave, como en

Procedimiento Civil; y el artículo 194 del Código de Comercio, así como todas las disposiciones contrarias a la presente ley."

²³ Ídem, artículo 119: "Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia".

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, providencia del 6 de junio de 2013, expediente 45922, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

el presente caso, en torno de contratos celebrados por una entidad pública²⁵.

2. Recurso de anulación. Naturaleza y características.

Tal como lo ha sostenido esta Corporación, el recurso de anulación tiene por objeto y fin preservar la legalidad del procedimiento, razón por la cual, por regla general, sólo es posible examinar el laudo arbitral ante la existencia de errores o vicios *in procedendo* en los cuales haya podido incurrir el tribunal de arbitramento y, de manera excepcional, por vicios de fondo o *in iudicando*. Sobre el particular ha expresado la jurisprudencia de la Sala de Sección:

“(…) 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

²⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 149. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(…)

7. Del recurso de anulación contra laudo arbitral proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

*partes a conocimiento de la justicia arbitral y decididos por ésta (...)."*²⁶

La diferencia entre los errores de procedimiento y los errores sustanciales es determinante para establecer el alcance y límite competencial del Consejo de Estado en el trámite del recurso extraordinario de nulidad de los laudos arbitrales; al respecto, en la sentencia del 17 de agosto de 2000, la Sala 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 judicando, 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 consecuencia no afecta la validez formal de la sentencia, sino su propia justicia."*²⁷

Debe reiterar la Sala, además, que el recurso de anulación no constituye una instancia adicional dentro del proceso, pues se trata de un recurso excepcional, restrictivo y extraordinario que debe solicitarse ante el juez, quien se encuentra limitado únicamente a lo solicitado por el recurrente de acuerdo con el *principio dispositivo* que restringe el

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2004, expediente 25156, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de agosto de 2000, expediente 17704, C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

campo de acción no sólo a las precisas y taxativas causales consagradas en la ley, sino a las alegadas y sustentadas de manera expresa por el recurrente.

Sobre el particular, la Corporación ha precisado:

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

“ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, pero a través de él, no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (violación de leyes sustantivas), es decir, para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo y de esta manera modificar las decisiones plasmadas en el laudo, por no compartir sus criterios y razonamientos.

“iii) Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo en aquellos eventos en que prospera la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

“iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado ‘principio dispositivo’, el cual le impone limitarse exclusivamente a lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra²⁸; en consecuencia, no le es permitido al juez de anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.”²⁹

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

“vi) Teniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el recurso de anulación, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran consagradas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (Artículos 128 de la ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998)”³⁰.

Ahora bien, conviene precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998 –aplicables al *sub lite*, tal como se dejó dicho–, así como en los términos del artículo 22 de la

²⁸ Nota original del texto transcrito: “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751”.

²⁹ Nota original del texto transcrito: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871”.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de mayo de 1992, expediente 5326. C.P. Daniel Suárez Hernández



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

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.

Se tiene, entonces, que es la sustentación del recurso el acto procesal determinante para que el juez del recurso extraordinario de anulación pueda, de manera efectiva, acometer su estudio y decisión, en tanto que allí se encuentran los fundamentos de la impugnación, los que, a su vez, fijan el alcance del recurso interpuesto y dan contenido, *stricto sensu*, a las causales que darían lugar a la anulación del respectivo laudo arbitral y delimitan la competencia del juez del recurso extraordinario en cuanto se refiere a la materia que se somete a su estudio y decisión.

Por manera que con independencia de la invocación o indicación normativa de las causales que realice el recurrente al momento de interponer el respectivo recurso, lo cierto es que el ámbito material de competencia de la Sala se encuentra circunscrito al estudio de las causales de anulación del laudo que hayan sido objeto de argumentación y fundamentación, y conforme a esta, en el correspondiente escrito de sustentación.

Precisado lo anterior, en el presente caso la Sala advierte que el recurrente al interponer el recurso invocó, tal como se indicó en



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

precedencia, las causales de anulación previstas en los numerales 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, cuyos argumentos se expresaron en el respectivo escrito de sustentación y, enseguida, serán objeto de síntesis en cada uno de los apartados en los cuales la Sala se ocupará de su respectivo estudio.

3. Causales de anulación invocadas, sus contornos jurisprudenciales, su sustentación y consideraciones de la Sala

3.1. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo (ordinal 6º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)

Las decisiones de tal naturaleza se adoptan con total prescindencia de las reglas de derecho, sin efectuar razonamiento jurídico alguno y, como lo ha precisado la Sala, se hallan soportadas únicamente “en el criterio de justicia inmerso en el juzgador” o en su “íntima convicción”; es decir, se trata de decisiones que provienen “del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna”, como ha sido expresado por la jurisprudencia de la Sala en varios pronunciamientos:

En providencia del 3 de abril de 1992, la Sala ilustró sobre las más importantes características de los fallos dictados en conciencia y de aquellos proferidos en derecho, en los siguientes términos:

“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



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

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 más 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



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

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”.³¹

Posteriormente, en Sentencia del 14 de septiembre 1995, sostuvo la Sala que el fallo en conciencia también se constituye en el evento en que el juez, para tomar sus decisiones, desconozca, íntegramente, el acervo probatorio; en estos términos se pronunció:

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 1992, expediente 6695, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Este criterio fue reiterado posteriormente, en sentencia del 4 de mayo de 2000, expediente 16766, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y en sentencia del 2 de octubre de 2003, expediente 24320, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

“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 [sic] 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)”³²

En sentencia del 9 de agosto de 2001, la Sala afirmó que constituye un fallo en derecho aquel que se sustenta en el derecho positivo vigente y, además, se fundamenta en el contrato celebrado, mientras que el fallo en conciencia se caracteriza por carecer de razonamientos jurídicos. Advirtió:

“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.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 1995, expediente 10468.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

“(…)

“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.

“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”.³³

Igualmente, la Sala ha precisado que el fallo en conciencia se presenta cuando éste no se ha fundamentado sobre normas jurídicas; también puede configurarse cuando se falla sin tener pruebas de los hechos en los cuales se sustentan las pretensiones o las excepciones o con

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de agosto de 2001, expediente 19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez; en el mismo sentido, las sentencias del 23 de agosto de 2001, expediente 19090 de la misma ponente y del 13 de febrero de 2006, expediente 29704, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso; al respecto la Sala sostuvo 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."*³⁴

También expresó la Sala, a través de la sentencia del 28 de noviembre de 2002, expediente 22191, que no puede confundirse el fallo en conciencia con la decisión equivocada, al respecto discurrió:

"[E]s 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

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, expediente 31887, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, reitera el criterio contenido en la sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 28990 del mismo ponente.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

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."

En sentencia posterior la Sala efectuó algunas consideraciones en el sentido de precisar que el fallo en derecho no es aquel en el cual se hace una *"mínima referencia al derecho positivo"*, por cuanto se requiere que esta referencia se constituya en el fundamento de la decisión (*ratio decidendi*) y no en una simple anotación descontextualizada; así se pronunció:

"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



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación”³⁵.

3.1.1. Sustentación de la causal por la recurrente

Afirmó el impugnante que el Tribunal de Arbitramento dictó el fallo fundado en su propia conciencia, dejando de lado, ostensiblemente, el derecho positivo vigente aplicable a la controversia sometida a su consideración.

Para soportar su afirmación indicó que, en general, de conformidad con las pretensiones y excepciones formuladas, el conflicto se enmarcó dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual, originada en la existencia de un daño causado en el incumplimiento culpable de obligaciones emanadas de un acuerdo de voluntades, lo cual concretó en la afirmación de la convocante, según la cual, Reficar incumplió su obligación de entregar oportunamente la ingeniería básica de los trabajos acordados entre las partes, lo que generó retrasos en los mismos y, consecuentemente, gastos adicionales que Aserfranca S.A.S. tuvo que asumir.

Conforme con lo anterior, la impugnante consideró que la atención del Tribunal debía concentrarse, preponderantemente, en determinar si la obligación antes referida de Reficar estaba sometida a algún plazo, por lo cual el marco jurídico dentro del cual debió circunscribirse estaba dado por los artículos 1551 a 1554 y 1608 del Código Civil.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007, Expediente 32896, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

En relación con el contenido mismo del laudo, el recurrente realizó las siguientes consideraciones para fundar su ataque impugnatorio:

- El Tribunal, en cambio de concentrarse en el régimen civil de las obligaciones y sus modalidades, el cual había identificado tácitamente como limitativo de su competencia, mutó la naturaleza de las obligaciones en cuyo incumplimiento se basó la demanda y, en cambio de referirse al régimen general de las obligaciones, hizo alusión a la teoría de la responsabilidad por incumplimiento del deber de cooperación³⁶.
- De acuerdo con el Tribunal, las disposiciones del régimen de las obligaciones sólo es aplicable en un “*plano ideal*” a la relación jurídica sometida a su consideración y que en el “*plano real*” se habría autorizado la aplicación de otros estándares, olvidando con ello que siempre que para el cumplimiento una obligación resulte indispensable el cumplimiento de otra, es necesario acudir a los artículos 1551 y 1608 del Código Civil³⁷.

³⁶ Para sustentar esta aseveración, el impugnante transcribió, entre otros apartes del laudo, el siguiente: “Resalta el Tribunal que la emisión de los planos de Ingeniería de Diseño constituía el primer paso dentro del proceso que culminaba con la fabricación de las piezas que posteriormente sería entregadas a REFICAR para la puesta en operación de su proyecto, En este orden de ideas, **podría pensarse, preliminarmente, que la obligación de entregar esta información de forma oportuna y adecuada corresponde al llamado deber de cooperación o colaboración** que, como lo afirma Betti en su obra sobre Derecho de las obligaciones, se funda en el deber de lealtad que lleva a cumplir la legítima expectativa del co-contratante. Señala el autor que la faz negativa está en el deber de no dañar a los demás y la faz positiva en el fin de preservar la esfera del interés ajeno”.

³⁷ Esta afirmación del recurrente se realiza respecto de la siguiente consideración consignada en el laudo: “(...) Tal como lo ha destacado este Tribunal, **en un plano ideal**, los términos de la Oferta Mercantil Irrevocable y los de las Órdenes de Compra debían funcionar armónicamente, por lo que las fechas de entrega de planos de Ingeniería de Diseño por parte de REFICAR, en los términos del ‘Cronograma Estimado’, contenido en el Anexo 3 de la Oferta Mercantil Irrevocable, así como la



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

- Desconociendo la posibilidad de que, conforme con el marco jurídico aplicable al asunto sometido a su consideración, podían existir plazos tácitos, el Tribunal, en su reemplazo, aplicó un criterio nacido de su propia idea de justicia para el caso en concreto, en virtud del cual el plazo pactado por las partes para el cumplimiento de sus obligaciones podía ser pasado por alto, ignorando la voluntad de los contratantes y la del propio legislador, lo que se tradujo en expresiones del fallo conforme con las cuales para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes se había caído en un plano de “*indefinición temporal*” o que se había presentado un “*desvanecimiento de los límites temporales*”³⁸

prerrogativa del contratante de realizar cambios ‘en el alcance de la Oferta’, en los términos del numeral 1.0 (A) del Anexo No. 4, no debían ser contradictorios con las fechas presupuestas en las Órdenes de Compra para la entrega de los bienes.

“Sin embargo, en el plano de la realidad, ni el suministro de la Ingeniería de Diseño por parte de REFICAR, ni el desarrollo y suministro adecuado de la Ingeniería de Detalles por parte de ASERUT/ASERFRANCA, tuvieron lugar tomando en consideración los estrechos plazos estipulados en las órdenes de Compra. Por el contrario, el vencimiento de los plazos estipulados en las dos Órdenes de Compra que interesan a este Tribunal pasó casi totalmente inadvertido para las Partes y no existe un solo soporte documental o testimonial en el que se evidencie que alguna de ellas alertó a la otra de la ocurrencia del vencimiento de dicho plazo para efectos de notificar la terminación de las referidas órdenes tras el incumplimiento de obligaciones de su contraparte o para suscribir de manera formal y expresa ampliaciones a los plazos a través de otrosíes, órdenes adicionales o cualquier otro documento equivalente”. (Destacado del texto original).

³⁸ La afirmación se sustenta en el texto que pasa a transcribirse: “El comportamiento de ASER-UT/ASERFRANCA frente a la cláusula de manejo cambios [sic], aunado al hecho de que ella nunca llamó la atención sobre el vencimiento de las fechas de las Órdenes de Compra (salvo por cuestiones eminentemente circunstanciales) sino que por el contrario siguió ejecutando el proyecto sin manifestar de manera oportuna y adecuada que este hecho se había dado y podía generar perjuicios, ubicó a la Partes en un plano de indefinición temporal en lo que concierne al momento del cumplimiento de sus obligaciones.

“En este sentido, el desvanecimiento de los límites temporales impuestos en cada una de las órdenes de compra, no puede dar pie para que la parte convocante reclame unos perjuicios que, de haber ocurrido, pudo haber evitado utilizando los mecanismos propios que el contrato previó para ello o habiéndose abstenido de desarrollar su



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Advirtió el recurrente, sobre este particular, que, no obstante la mención del Tribunal de algunas normas de derecho positivo y la presentación de un análisis del contrato que dio lugar a la controversia, y las pruebas aportadas al proceso, el eje de su argumentación para resolver el caso no estuvo fundado sobre las disposiciones normativas vigentes que resulta aplicables, sino en la idea de que las obligaciones se ejecutaron en un “*plano de indefinición temporal*” lo cual condujo a la ausencia de mora y, por contera, de incumplimiento. El Tribunal no acudió, entonces, a la teoría de las obligaciones sin vencimiento expresamente pactado o cosa por el estilo, sino que acudió a un concepto inexistente en el derecho: el mundo de la indefinición intemporal.

3.1.2. Consideraciones de la Sala

Prima facie observa la Sala que el recurrente, al justificar la ocurrencia de la causal sexta alegada, definió como punto focal de su ataque impugnatorio los argumentos que planteó el Tribunal de Arbitramento para desechar la pretensión declarativa de la convocante relacionada con el presunto incumplimiento de Reficar en la entrega oportuna de la ingeniería básica de los trabajos objeto de las órdenes de compra. Lo anterior comporta, entonces, que aspectos diferentes a los así planteados escapen al espectro competencial ofrecido por el recurso extraordinario de anulación y, evidentemente, no serán abordados dada la naturaleza dispositiva –ya referida– del mencionado recurso.

actividad más allá de los límites temporales que desconoció y que ahora considera eran ineludibles”. (Destacado del texto original)



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Del examen del laudo arbitral *sub lite*, a contrariedad de lo afirmado por Aserfranca S.A.S., en liquidación, advierte la Sala que los pilares argumentativos del Tribunal se concentran en la interpretación del contenido y alcance de las disposiciones contractuales que vincularon a la convocante y a Reficar, por una parte, y, por otra, en el estudio de los medios de convicción aducidos al trámite que demostraron la conducta negocial de los sujetos.

En efecto, se observa que la parte inicial del capítulo considerativo del laudo se dedicó, *in extenso*, a establecer el contenido exacto de las estipulaciones contractuales, tanto aquellas que hicieron parte del marco general del negocio (contenidas en la oferta mercantil irrevocable emitida por Reficar), como las particulares que se incorporaban en cada una de las órdenes de compra. En estos análisis, tanto expresa, como implícitamente, el Tribunal acude a los cánones hermenéuticos previstos en la legislación civil, lo cual le permitió establecer las condiciones en las que las partes asumieron las prestaciones a su cargo.

Sobre este particular indicó el Tribunal:

“(...) resulta necesario revisar el contenido y alcance de las estipulaciones que forman la ‘columna vertebral’ del NEGOCIO JURÍDICO que surgió como consecuencia de la aceptación de la OFERTA MERCANTIL IRREVOCABLE. Para ello, el tribunal destaca a continuación las referencias más relevantes contenidas en aquel, a efectos de determinar su alcance en el entono de la relación negocial (...)”³⁹

³⁹ Folio 399 del cuaderno principal Consejo de Estado.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Y agregó:

“(…) el acuerdo marco se constituyó en un contrato entre comprador y vendedor que contenía, entre otras cosas, la identificación de los bienes, el precio de adquisición, las garantías mínimas, así como las condiciones a través de las cuales el comprador podía vincularse al acuerdo. Esa vinculación se dio tras una emisión de una orden de compra de una parte de los bienes y la expedición de una posterior orden de venta, contentiva de una manifestación del compromiso del vendedor de cumplir las condiciones exigidas por el comprador”⁴⁰.

En relación con las órdenes de compra el Tribunal indicó:

“las órdenes de compra, pese a que se encontraban sujetas a los términos y condiciones generales del NEGOCIO JURÍDICO, tenían características propias en materia de alcance y plazo, al punto que las mismas contenían aspectos no tratados en el acuerdo marco a efectos de delimitar y precisar las obligaciones específicas que se derivaban de su aceptación. Es así como en ellas se dispuso de una fecha particular de emisión, una individualización de los bienes a adquirir, una fecha de entrega de los mismos, unos términos de pago –incluidos los pagos de avance – y las instrucciones de facturación”⁴¹.

Frente al aspecto que concentra el reproche del impugnante, esto es, los plazos de entrega de información por parte de Reficar, se observa en el laudo la siguiente consideración:

“En cuanto a la obligación de EL COMPRADOR, relacionada con el suministro OPORTUNO de la información técnica necesaria para el desarrollo de la OFERTA, tendrá que determinarse de conformidad

⁴⁰ Folio 400 loc. cit.

⁴¹ Folio 401 loc. cit.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

con los términos del NEGOCIO JURÍDICO, particularmente el ANEXO No. 3 –Cronograma Estimado–, pues en las Órdenes de Compra nada aparece señalado. **Sobre el particular, entiende el Tribunal que el ‘cronograma estimado’ constituye, como su nombre lo indica, una ‘creencia’⁴² de las fechas de entrega de planos de diseño del comprador al vendedor.**

“Esta estimación, evidentemente, no conlleva una certeza, pero su alcance debe ser definido en los términos de la relación contractual, entendiendo la finalidad de dicha prescripción en el entorno del NEGOCIO JURÍDICO, de las ÓRDENES DE COMPRA y, **en general, de la dinámica esperada del comportamiento de las partes en el cumplimiento de sus compromisos.**

“En efecto, en lo relativo al ‘cronograma estimado’, el artículo 1620 del Código Civil establece que debe preferirse el sentido de que una cláusula produzca efectos antes de aquel en que no produzca consecuencia alguna. Se trata de aplicar un criterio subjetivo de interpretación, en la medida en que debe presumirse que las partes al redactar un contrato no incluyen cláusulas inútiles. Estrechamente vinculado con el anterior, es el criterio establecido en el artículo 1622 del Código Civil que impone interpretar las cláusulas de un contrato unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. En esta medida es fundamental determinar el propósito perseguido por las partes al contratar, el cual debe articular el conjunto del contrato. En efecto, para conocer el sentido de un contrato es preciso averiguar el sustrato económico sobre el que se funda, el juego de intereses que subyace en él y el intento práctico de la regulación que las partes han tratado de dar a estos intereses. Adicionalmente, y con un criterio más objetivo, el artículo 1621 del mismo código dispone que cuando no exista voluntad en contrario, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato⁴³. (destaca la Sala)

⁴² Nota al pie original del texto transcrito: “Según la RAE, ‘estimar’ significa, entre otras cosas, ‘juzgar’, ‘creer’”.

⁴³ Folios 402 y 403 del cuaderno principal Consejo de Estado.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Las consideraciones anotadas permiten ilustrar que, contrario a lo afirmado por el impugnante, en el presente evento el Tribunal de Arbitramento asumió al negocio jurídico celebrado entre las partes en contienda (tanto el contrato marco, como sus contratos derivados u órdenes de compra), como regla fundamental de la relación jurídico comercial objeto de estudio, lo cual se sujeta, con estrictez, al mandato del artículo 1602 del estatuto civil y a las consideraciones que, como se dejó visto anteriormente, ha sentado la jurisprudencia de la Sección. Cuando el juez del contrato, en busca de la verificación de su cumplimiento, se apega al contenido comercial dispuesto por las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad, no falla en conciencia y, por el contrario, adopta como marco jurídico de análisis la fuente prístina del vínculo obligacional: el negocio jurídico.

En otras palabras, para que el fallo sea considerado en derecho, no resulta menester que el juez en sus análisis acuda a normas externas al contrato cuando considere que, luego de un previo ejercicio hermenéutico, tal negocio contienen las reglas necesarias para resolver el conflicto y, por lo tanto, no es necesaria la hetero-integración del negocio con normas jurídicas de carácter imperativo o supletivo, con miras a determinar el contenido y alcance de las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

Por otra parte, en el laudo analizado, luego de sentar las consideraciones generales antes expuestas y al descender al análisis del caso en concreto, se realizó un recuento específico del material probatorio que permitió dar por demostrado que ambos sujetos comerciales soslayaron el factor temporal al cual estaría sometido el



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

cumplimiento de las prestaciones a su cargo, lo que permitió, entre otros aspectos, considerar impróspera la “*excepción de contrato no cumplido*”, en tanto que los alegados incumplimientos en la entrega de la ingeniería de detalle y en la entrega de los bienes, fueron purgados, de acuerdo con el entendimiento que le dio el Tribunal al material probatorio, por un “*desvanecimiento de los límites temporales*”, que, evidentemente, no es cosa diferente a una modificación de las condiciones contractuales pactadas por un comportamiento negocial diferente por los extremos contractuales. Sobre este aspecto, luego de revisado el material probatorio correspondiente, se señaló:

“(…) si bien las fechas estipuladas en las Órdenes de Compra para al entrega de los bienes no se cumplieron, también es cierto que ni REFICAR ni ASER-UT/ASERFRANCA revelaron un interés manifiesto en el cumplimiento de dichos cronogramas. Evidencia de ello, las modificaciones por fuera de tiempo a la Ingeniería de Diseño por parte de REFICAR/CB&I y el envío de Ingeniería de Detalle por parte de ASER-UT/ASERFRANCA por fuera de los límites temporales propuestos en las Ordenes [sic] de Compra”⁴⁴.

Sobre este mismo aspecto, en otro aparte se agregó:

“(…) el vencimiento de los plazos estipulados en las dos Órdenes de Compra que interesan al Tribunal pasó casi totalmente inadvertido para las partes y no existe un solo soporte documental o testimonial en el cual se evidencie que alguna de ellas alertó a la otra de la ocurrencia del vencimiento de dicho plazo para efectos de notificar la terminación de las referidas órdenes tras el incumplimiento de obligaciones de su contraparte o para suscribir de manera formal y expresa ampliaciones a los plazos a través de

⁴⁴ Folio 493 *loc. cit.*



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

otrosíes, órdenes adicionales o cualquier otro documento equivalente”⁴⁵

Y retomando el contenido del contrato el juez arbitral señaló sobre este particular:

“(…) cualquier cambio solicitado por el comprador y que el vendedor estimara que implicaba un ‘costo adicional’ o un ‘cambio en el cronograma’ era susceptible de reclamarse a través del literal B de la cláusula de manejo de cambios, si el vendedor lo estimaba conveniente en aras de la protección de sus derechos”⁴⁶.

De lo que antecede, la Sala advierte que la decisión del Tribunal no se desapegó del material probatorio regularmente allegado al trámite arbitral y, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales que fueron anotadas en su oportunidad, no podría, por este aspecto, considerarse que el laudo proferido lo fue en conciencia.

Como colofón de lo advertido respecto del cargo formulado con fundamento en la causal sexta de nulidad contenida en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la Sala encuentra que el laudo objeto de impugnación se sometió al marco normativo que consideró oportuno asignarle su juez natural, sin que sea dable en esta instancia analizar si era necesario aplicar o inaplicar alguna de las normas aducidas por el recurrente. Lo cierto es que, como se indicó, al ser el contrato la ley principal de la relación obligacional, ante su aplicación por parte del juez arbitral para fundar su decisión, aunado al análisis de los medios de

⁴⁵ Folio 511 *loc. cit.*

⁴⁶ Folio 517 *loc. cit.*



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

convicción que hicieron parte del proceso para los mismos propósitos, no podría señalarse que el fallo fue en conciencia.

3.2. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido (ordinal 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance esta modalidad de la causal en comento, y al efecto ha dicho que:

“...la 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 1998, 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 extrapetita.

“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:



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

“1. 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.

“2. El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las 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.

“3. 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.”⁴⁷

3.2.1. Sustentación de la causal por la recurrente

Señaló el recurrente, con apoyo en la causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que el laudo arbitral se profirió en exceso de la competencia que la ley le asignaba al Tribunal de Arbitramento respecto del juramento estimatorio regulado en el artículo 206 del Código General del Proceso, particularmente, en punto de la sanción contenida en su parágrafo único⁴⁸.

Al respecto, observó que la decisión adoptada, en la que se impuso una condena a Aserfranca S.A.S., en liquidación, igual al 5% de la

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 29476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁸ La norma indicada, para el momento del proferirse el laudo, era del siguiente tenor: “También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”. Debe precisar la Sala que la norma transcrita fue modificada mediante el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
**ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

estimación de los perjuicios presentada en la convocatoria arbitral, se hizo en contravención de los presupuestos legales para su inclusión en el laudo y, por lo mismo, es una decisión que supera la competencia del Tribunal Arbitral, que convierte en anulable, la decisión respectiva.

Indicó que la imposición de la condena referida se limita a los eventos en que se niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios imputable al actuar negligente del demandante y no, como se hizo en el presente evento, en cualquier caso de fracaso de las pretensiones.

La sanción aludida, en criterio del impugnante, procede: i) cuando las pretensiones de la demanda hayan sido negadas con fundamento en la falta de demostración de los perjuicios y no con fundamento en la inexistencia de otro de los elementos de la responsabilidad; y ii) cuando dicha falta de demostración se deba al actuar negligente o temerario de la parte.

Precisó que las pretensiones de la demanda no fueron negadas por falta de demostración de perjuicios, sino por la supuesta falta de incumplimiento de la demandada y que, ante la supuesta ausencia de incumplimiento advertida por el Tribunal, era irrelevante estudiar la prueba o no perjuicios que, por lo demás, estuvieron suficientemente sustentados en pruebas periciales.

Afirmó, entonces:



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

“Demostrada la falta de adecuación de la norma contenida en el referido párrafo del artículo 206 del CGP, se elimina de tajo la autorización legal para imponerla y, en ese entendido, toda vez que la aplicación de la sanción no hacía parte del objeto sometido a la decisión del tribunal arbitral, es dable concluir que se trató de una decisión proferida en un manifiesto exceso de competencia, por lo que el Laudo encuentra otro motivo de anulación en el numeral octavo del artículo 163 del decreto 1818 de 1998.”

3.2.2. Consideraciones de la Sala

Tal como se dejó indicado al momento de contextualizar la causal alegada por el impugnante, la competencia asignada al juez arbitral debe tener como referentes la Constitución y la Ley, el pacto arbitral, el *petitum*, la *causa petendi* y la *exceptio* y cuandoquiera que exista una inconsonancia, incongruencia o discordancia entre tal marco competencial y la decisión adoptada, el recurso de anulación resultará próspero y, bajo la égida del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, el laudo podría ser anulado, corregido o adicionado, dependiendo del defecto *in procedendo* que haya sido probado.

En el presente caso, la argumentación del impugnante se dirige a la demostración de una disconformidad entre el marco legal y la decisión adoptada en el laudo, para lo cual debe señalarse, delantadamente, que ello podría presentarse sólo en la medida en que el juez rebase las facultades oficiosas que la ley le otorga y no, como en el presente caso, cuando ofrezca una interpretación no aceptada por el impugnante a una norma que impone al sentenciador la obligación de establecer una sanción en el caso en ella previsto, más si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la naturaleza del recurso extraordinario de anulación, el presente trámite no comporta una nueva instancia y,



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

por lo mismo, las interpretaciones normativas realizadas por el tribunal arbitral, escapan del juez de la anulación, pues, precisamente, fue la voluntad del recurrente la que sustrajo de la justicia contencioso administrativa el conocimiento del conflicto particular y lo asignó, en ejercicio de su autonomía, a particulares temporalmente investidos de la función de administrar justicia.

La competencia del juez arbitral, se reitera, no sólo está dada por el contenido de las pretensiones y las excepciones formuladas, sino también por el marco normativo que regula su actividad (Constitucional, legal y reglamentario) y que, para el caso del artículo 206 del Código General del Proceso, encuentra respaldo tanto en la función jurisdiccional que le es asignada por virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 8 de la Ley 270 de 1996, como en el artículo 42 del Código General del Proceso, que en su ordinal 3º, imponen como deber del juez “[p]revenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal”.

En efecto, como lo dejó sentado la H. Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 *eiusdem*⁴⁹, la misma tiene por finalidad evitar la presentación de demandas temerarias, por lo que hace parte de aquellas disposiciones

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

que determinan comportamientos oficiosos del juez, como es el de imponer sanciones ante actitudes temerarias de las partes.

Ahora bien, teniendo en claro que la norma aludida hace parte del espectro normativo al cual podía, válidamente, acudir el Tribunal de Arbitramento, no corresponde al juez extraordinario entrar a estudiar los criterios considerados para su utilización, pues ello supondría un juicio por violación directa de la ley por interpretación errónea, lo cual escapa a los vicios *in procedendo* que demarcan el alcance del recurso de anulación.

Así, teniendo en claro, por una parte, que el artículo 206 del Código General del Proceso es de aquellos a los cuales puede acudir el juez arbitral por el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales y que, por otra, la verificación de la ocurrencia o prueba de los presupuestos de hecho que impondrían la aplicación de la sanción en él prevista, comportaría una revisión de un asunto *in judicando*, que supera las facultades del juez de anulación, no puede la Sala concluir en nada diferente a lo infundado del recurso interpuesto.

4. Costas

De conformidad con el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 “[c]uando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente”.

Así pues, dado que no prosperó el recurso de anulación interpuesto por Aserfranca S.A., en liquidación, la Sala tasaré las costas procesales



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

únicamente en el valor que corresponde a las agencias en derecho, ya que no encuentran probados otros pagos –como impuestos, pago de auxiliares de la justicia, u otros gastos judiciales–. Por todo lo anterior y en los términos del Acuerdo No. 1887 de 2003⁵⁰, atendiendo a la naturaleza de este proceso, a la calidad, duración y utilidad útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la entidad recurrente pagará a favor de la Refinería de Cartagena S.A. – Reficar, la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

5. Suspensión del proceso

De conformidad con el contenido del artículo 331 de Código de Procedimiento Civil⁵¹ “[l]a interposición del recurso de anulación contra un laudo arbitral, no suspende ni impide su ejecución. No obstante, el interesado podrá ofrecer caución para responder por los perjuicios que la suspensión cause a la parte contraria”.

En el presente caso la entidad convocante solicitó la suspensión del cumplimiento de lo resuelto en el laudo recurrido y, en atención a lo ordenado en el auto del 12 de marzo de 2015, presentó la caución allí señalada⁵².

⁵⁰ El artículo segundo define las agencias en derecho como: “Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.”

⁵¹ Modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003.

⁵² Folios 587 a 590 del cuaderno principal del trámite ante el Consejo de Estado.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Dado que el recurso de anulación interpuesto no prosperó, a través de la presente providencia ordenará la Sala levantar la suspensión y dar cumplimiento a lo resuelto en el laudo proferido el 18 de julio de 2014.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral proferido el 18 de julio de 2014 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la Aser Zona Franca S.A.S – Aserfranca en liquidación y la Refinería de Cartagena S.A. – Reficar.

SEGUNDO: CONDÉNASE a Aser Zona Franca S.A.S – Aserfranca en costas a pagar a favor de la Refinería de Cartagena S.A. – Reficar la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de agencias en derecho.

TERCERO: LEVÁNTASE la suspensión de lo resuelto en el laudo arbitral proferido el 18 de julio de 2014 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre la Aser Zona Franca S.A.S – Aserfranca en liquidación y la Refinería de Cartagena S.A. – Reficar.



Expediente
Demandante

Demandado
Asunto

110010326000201400127 00 (52039)
ASER ZONA FRANCA S.A.S. – ASERFRANCA EN
LIQUIDACIÓN
REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR
RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento respectivo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA