



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC7121-2017

Exp.: 11001-02-03-000-2012-02952-00

(Aprobado en sesión de veintiséis de abril de dos mil diecisiete)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Se resuelve el recurso extraordinario de revisión que formuló Ross Energy S.A.S. contra la sentencia proferida el veintisiete de julio de dos mil once por esta Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Con fundamento en la causal octava del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el impugnante pretende se declare sin valor la sentencia que es objeto de la revisión.

B. Los hechos

1. Las sociedades Petrotesting Colombia S.A. (hoy Vetra Exploración y Producción S.A.S.), OAO NK Rosneft

(hoy Southeast Investment Corporation) y Holsan Chemicals Ltda., el 19 de mayo de 2000 conformaron el Consorcio Colombia Energy para presentar una propuesta para el proceso de negociación con la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL, denominado “Ronda 2000” que contemplaba los bloques o áreas de producción incremental y exploración en Colombia (folio 294, c. 1).

2. El 13 de junio de 2001, el Consorcio conformado por las tres sociedades celebró con ECOPETROL el «*Contrato para Producción Incremental (CPI) Sur Oriente*». Posteriormente, la consorciada Holsan Chemicals Ltda. cedió sus derechos en ese convenio a Holsan Oil S.A. (folios 138 y 247, c. 1).

3. Dichas compañías suscribieron el 28 de junio de 2001 un «*Acuerdo de Operaciones Conjuntas (Joint Operating Agreement –JOA)*» para «*establecer las normas ‘(...) que han de regular las obligaciones y derechos que tiene cada uno de los miembros, con los demás miembros y con el operador del contrato*».

4. En dicho convenio, las consorciadas pactaron una cláusula compromisoria, en virtud de la cual cualquier disputa en cuanto a la interpretación, validez, ejecutabilidad o incumplimiento de ese acuerdo «*podrá ser referido por la decisión de cualquier parte para consideración y arreglo final de un arbitramento cuya decisión será vinculante para las partes de acuerdo con las reglas de la Asociación*

Americana de Arbitraje (A.A.A.)... Los procedimientos arbitrales tendrán lugar en New York en idioma inglés» (folio 33, c. 1).

5. El 23 de febrero de 2005, Petrotesting Colombia S.A. y Southeast Investment Corporation presentaron demanda contra Holsan Oil S.A. (hoy Ross Energy S.A.S.) ante el Centro Internacional para la Resolución de Litigios de la Asociación Americana de Arbitramento -CIDR con sede en New York, aduciendo el incumplimiento de las obligaciones de la demandada. El asunto se radicó con el número 50168T0008205 y se designó para su conocimiento a árbitro único.

6. Surtida la actuación correspondiente, el 19 de junio de 2006 se expidió el laudo final, que declaró que el demandado incumplió la obligación que contrajo en virtud del Acuerdo de Operaciones Conjuntas (Joint Operating Agreement - JOA) porque no pagó los requerimientos de efectivo realizados por el Operador del Consorcio (Petrotesting Colombia S.A.) para la financiación del contrato celebrado con ECOPETROL, los cuales debieron asumir las otras consorciadas, por lo que le ordenó realizar las gestiones necesarias para transferir a favor de aquellas, la totalidad de su interés de participación en el consorcio.

7. Petrotesting Colombia S.A. (hoy Vetra Exploración y Producción S.A.S.) y Southeast Investment Corporation solicitaron homologar el aludido laudo, petición que fue admitida el 11 de febrero de 2008 (folio 147, c. 1 exequátur).

8. Notificada de la admisión, la sociedad Holsan Oil S.A. (hoy Ross Energy S.A.S.) se opuso a la petición de reconocimiento argumentando que la decisión arbitral no satisfacía los presupuestos de los tratados internacionales y la legislación colombiana para su homologación; formuló las excepciones que denominó: *“obligatoriedad al sometimiento de la ley colombiana”*, *“estado de indefección (sic) de Ross Energy S.A.”*, *“la sentencia excede los términos de la cláusula compromisoria”*, *“el laudo cuya homologación se pretende versa sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la decisión se profirió”*, *“la existencia de proceso en curso sobre el mismo asunto”* y *“el reconocimiento de la sentencia es contrario al orden público colombiano”* (folios 426-453).

9. El 27 de julio de 2011 se dictó sentencia que declaró no probadas las defensas de mérito y concedió el exequátur del laudo arbitral (folio 1787).

C. El recurso extraordinario de revisión

Con fundamento en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la impugnante afirmó que existieron nulidades originadas en la sentencia que puso fin al procedimiento de exequátur, las cuales son de orden legal (num. 2 artículo 140 Código de Procedimiento Civil) y constitucional.

Lo anterior por cuanto esta Sala de Casación homologó un laudo arbitral que desbordó los alcances del negocio

jurídico sometido al conocimiento del árbitro y realizó pronunciamientos sobre negocios jurídicos que no eran de su competencia, suscritos en Colombia y regidos por leyes colombianas, como lo eran el contrato de Consorcio y el de Producción Incremental Área Sur Oriente (CPI).

La Corporación, a pesar de señalar en el fallo que tales convenios no eran objeto de pronunciamiento, al homologar la decisión arbitral pasó inadvertido que aquella sí afectaba el contenido material del contrato público celebrado con ECOPETROL, lo que generó efectos jurídicos no analizados por la Corte, como que:

(i) De cumplirse la decisión en los términos de la Corte se producirá la disolución y liquidación del consorcio por desaparición de uno de los consorciados (Ross Energy S.A.S.);

(ii) El fallo de exequátur viola normas de derecho público contenidas en los «*Pliegos definitivos de la Ronda 2000 numeral 7.2 “Participación de los consorciados”*», como la que prohíbe la cesión del contrato entre los miembros del consorcio, salvo que ECOPETROL lo autorice en los casos en que legalmente sea permitido;

(iii) se omitió la integración de litisconsorcio necesario con ECOPETROL a fin de que aprobara la cesión y (iv) se quebrantó el derecho al debido proceso, pues no se cuenta con la autorización establecida en el JOA (Joint Operating Agreement) para que uno de sus miembros transfiera sus

intereses a otro o a un tercero, bien sea total o parcialmente.

Al prescindirse por la Corte del estudio del contrato de Producción Incremental (CPI) soslayó su jerarquía respecto de los otros convenios celebrados y la incidencia que tiene en ellos, con lo cual dejó de analizar «*la forma, manera o modo de garantizar o concretar el laudo extranjero frente al ordenamiento jurídico colombiano*»¹ frente al cual el laudo resulta de imposible cumplimiento debido a las implicaciones jurídicas que conlleva la transferencia del 100% de la participación de Ross Energy S.A.S. en el Contrato de Producción Incremental celebrado con ECOPETROL.

Adicionalmente, la sentencia proferida por la Corte está viciada de nulidad porque contraviene la prohibición expresa de cesiones entre los miembros consorciados, establecida en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 y en los «*Términos de Referencia Definitivos*» fijados por la estatal petrolera, amén que el cumplimiento de la decisión arbitral provocaría la eventual disolución y liquidación del Consorcio y por ende, la terminación del Contrato de Producción Incremental por desaparición de uno de los miembros del consorcio, con lo cual hace prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes sobre normas de orden público.

D. Trámite del recurso extraordinario

1. El 17 de septiembre de 2013 se admitió la demanda y se ordenó correr el traslado de rigor.

¹ Folio 344, c. 1.

2. Las sociedades Southeast Investment Corporation y Vetra Exploración y Producción Colombia S.A.S. solicitaron negar las pretensiones porque, a su juicio, no se configuró la causal de revisión alegada, y la recurrente utilizó su invocación para plantear nuevamente cuestiones fácticas y jurídicas susceptibles de discusión durante el procedimiento de exequátur, las cuales están lejos de estructurar algún supuesto de nulidad procesal al proferir la sentencia que concedió dicha homologación (folios 494-496 y 499).

La Procuradora Delegada para Asuntos Civiles señaló que las pretensiones de la demanda carecían de fundamento legal y constitucional, y por lo tanto debían denegarse.

Lo anterior por cuanto las razones en que la demandante apoya la invocación de la causal corresponden a las que fueron objeto de discusión en el trámite del exequátur, es decir, son anteriores a la sentencia cuya anulación reclama por la vía extraordinaria, y están encaminadas a revivir el trámite procesal, sin que exponga nuevos hechos acaecidos coetáneamente con la sentencia de exequátur con aptitud para generar el motivo de revisión invocado (folios 522-523).

3. Mediante proveído de 3 de marzo de 2014 se dio apertura a la etapa probatoria del proceso (folio 526).

4. En auto de 22 de julio de 2014 se negó la petición de la impugnante de integrar el litisconsorcio necesario con la

Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, con fundamento en que tales entidades no fueron parte en el trámite de exequátur donde fue proferida la sentencia que se pide anular, de ahí que no debía integrarse el contradictorio con ellas (folios 609-610).

5. Interpuesto contra la anterior decisión el recurso de reposición, fue rechazado de plano en providencia de 8 de septiembre de 2014 (folio 623).

6. Dispuesto el traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, ambas aprovecharon esa oportunidad para insistir en sus posiciones frente al asunto debatido (folios 625 y ss.).

II. CONSIDERACIONES

1. El recurso de revisión ha sido concebido como un medio de impugnación de naturaleza excepcional, extraordinaria y taxativa, de ahí que su procedencia se concreta a los casos en los que la controversia fue dirimida por medios injustos, los cuales constituyen hechos nuevos y distintos a los que debieron ser expuestos y analizados en las instancias.

Es una excepción al principio de inmutabilidad de las sentencias cuya finalidad es hacer prevalecer la justicia, y dispensar protección al derecho de defensa de los intervinientes y a la cosa juzgada material producida por un fallo anterior.

En tales eventos -explica Chiovenda- *«Nada ofende en sí a la razón, que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada; pues la autoridad misma de la cosa juzgada no es absoluta y necesaria, sino que se establece por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal suerte que esas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar que sea sacrificada, para evitar la perturbación y el daño mayores que se producirían de conservarse una sentencia intolerablemente injusta»*.²

Mas, el recurso que se analiza, precisamente por ser excepcional, requiere la delimitación precisa de su ejercicio, pues de otro modo se desfiguraría su naturaleza extraordinaria y la seguridad jurídica de los fallos legalmente en firme sufriría un grave menoscabo.

Es por eso que en sede de revisión resulta inadmisibile -según lo tiene aceptado la jurisprudencia-, plantear *«temas ya litigados y decididos en proceso anterior»*, ni es la vía regular *«para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente»*, como tampoco un mecanismo al alcance de las litigantes que les permita *«mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar»* o *«encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi»* (CSJ SR, 3 Sep. 1996, Rad. 5231; CSJ SR, 8 Jun. 2011, Rad. 2006-00545-00).

² Instituciones de derecho procesal civil. Vol. III, Madrid: 1940, p. 406.

Por ello, el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil³ consagra las únicas nueve hipótesis por las que es posible reclamar la revisión de una sentencia. Dentro de éstas se encuentra la que alegó la demandante, correspondiente a la *«nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso»* (numeral 8°).

2. La indicada causal se refiere a la nulidad que surge en el acto mismo de dictar el fallo con que termina el juicio, siempre y cuando no procedan en su contra los recursos de apelación o de casación, pues ante esta posibilidad, la irregularidad deberá alegarse al sustentar tales mecanismos de defensa; de modo que si la respectiva impugnación no se interpuso, se produce el saneamiento del eventual vicio.

Respecto de ese motivo de revisión, ha reiterado la Corte que *«...no se trata, pues, de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse antes de esta oportunidad, so pena de considerarla saneada; ni tampoco de indebida representación ni falta de notificación o emplazamiento, que constituye causal específica y autónoma de revisión, como lo indica el numeral 7° del texto citado, sino de las irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia no susceptible del recurso de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad, como lo sería, por ejemplo, el proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención; o condenar en ella a quien no ha figurado como parte; o cuando dicha providencia se dicta*

³ Este es el estatuto adjetivo aplicable por ser el vigente a la interposición del recurso extraordinario.

estando suspendido el proceso». (CXLVIII, 1985; en el mismo sentido CSJ SR, 30 Sep. 1996, Rad. 5490; CSJ SR, 14 Dic. 2010, Rad. 2006-01737-00; CSJ SC4415-16, 13 Abr. 2016, Rad. 2012-02126-00).

De igual modo, la jurisprudencia ha aclarado que la nulidad que surge del fallo tiene que ser de naturaleza estrictamente procesal, en tanto la finalidad del recurso de revisión se dirige a *«abolir una sentencia cuando en ella misma o con ocasión de su pronunciamiento se ha vulnerado el debido proceso o menoscabado el derecho de defensa»* (CSJ SR, 22 Sep. 1999, Rad. 7421).

Es decir que ha de tratarse de *«una irregularidad que pueda caber en los casos específicamente señalados por el legislador como motivos de anulación, puesto que en el punto rige en el procedimiento civil el principio de taxatividad, como es bien conocido. (SR 078 de 12 de marzo de 1991, sin publicar), lo cual significa que ‘los motivos de nulidad procesal de la sentencia son estrictamente aquellos que –a más de estar expresamente previstos en el Código de Procedimiento Civil– ...se hayan configurado exactamente en la sentencia y no antes»* (CSJ SR, 29 oct. 2004. Rad. 03001).

La doctrina ha indicado que esta causal de nulidad puede originarse *«con la sentencia firmada con menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diversos al previsto por la ley, o la pronunciada en proceso legalmente terminado por desistimiento, transacción, perención, o suspendido o interrumpido»*.⁴

⁴ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil. Parte general. 8ª

Adicionalmente, esta Corporación ha admitido que la irregularidad bajo análisis se presenta también cuando se condena a quien no ha figurado en el proceso como parte, o si al resolver la solicitud de aclaración del fallo se termina modificándolo, y cuando se dicta sentencia «*sin haberse abierto el proceso a pruebas o sin que se hayan corrido los traslados para alegar cuando el procedimiento así lo exija*» (CSJ SR, 29 Ago. 2008, Rad. 2004-00729).

La nulidad originada en la sentencia se refiere, de manera exclusiva, a la ausencia de alguno de los **requisitos formales** que la ley exige para la constitución de ese *acto procesal*, visto únicamente desde una perspectiva procedimental; es decir por faltar el presupuesto adjetivo que se requiere para que dicho fallo produzca los efectos jurídicos que la ley instrumental le atribuye. De ahí que pueda ser considerado como una *nulidad procesal* y no como un error en la argumentación, pues esto último podrá ser objeto de casación por vicios *in iudicando* en los casos en los que hubiere lugar, pero no de revisión.

Esta nulidad, por tanto, no puede confundirse con las deficiencias o excesos que pueda tener el contenido de la sentencia, y que dicen relación a su fundamentación jurídica o probatoria, a la razonabilidad de sus conclusiones o, en fin, a cualquier tema relacionado con el fondo de la controversia.

ed. Bogotá: ABC, 1983, p. 652.

3. En el asunto *sub examine*, no cabe ninguna duda de que el recurso extraordinario objeto de este pronunciamiento está inexorablemente destinado al fracaso, pues las irregularidades alegadas por la recurrente no solo no configuran la causal de revisión invocada, sino que fueron objeto de discusión y análisis en el trámite del exequátur.

3.1. En cuanto a lo primero, es necesario reparar en que, en síntesis, los presuntos hechos generadores de la nulidad de la sentencia proferida en el aludido procedimiento, se concretan en que esta Sala homologó el laudo arbitral que fue objeto del mismo, sin consideración al exceso en que incurrió el árbitro al pronunciarse sobre negocios jurídicos que no eran de su competencia, concretamente el de «*Consortio*» y el de «*Producción Incremental Área Sur Oriente*» celebrado con ECOPETROL, cuyo contenido resultó afectado tanto por el pronunciamiento del árbitro como de la Corte que, a pesar de ello, se abstuvo de analizar su naturaleza jurídica y jerarquía en relación con los otros convenios involucrados, omisión que es violatoria del debido proceso, derecho de defensa y contradicción de la impugnante y de la petrolera estatal colombiana.

De lo precedente, según la demandante, derivan graves consecuencias como la eventual disolución del consorcio al verse obligada a ceder o transferir la totalidad de su participación en el último convenio con la consecuente terminación del Contrato de Producción

Incremental (CPI); la violación de normas de derecho público fijadas en las condiciones de la contratación con ECOPETROL, relativas a la prohibición de cesiones entre los consorciados, contenida también en el artículo 9° de la Ley 80 de 1993; la falta de integración del contradictorio con esa persona jurídica de economía mixta; el quebranto del debido proceso por faltar su autorización para transferir los intereses de Ross Energy S.A.S. y la trasgresión de preceptos constitucionales al hacer prevalecer los acuerdos contenidos en el convenio de Joint Operating Agreement – JOA sobre disposiciones de orden público como las que rigen el contrato celebrado con ECOPETROL, conforme a las cuales no es posible realizar la cesión de los derechos de un consorciado sin contar con previa aprobación de dicha empresa.

Ninguno de los fundamentos fácticos que se acaban de mencionar estructura la causal de revisión invocada en la demanda, esto es, la de «*existir nulidad originada en la sentencia*», porque no corresponden a requisitos procesales que debieron observarse al proferir el fallo de exequátur y fueron desatendidos por la Corporación, que además se adecúan a las hipótesis taxativamente consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil como «*nulidades procesales*» o aquella prevista en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, carácter que se reclama de los motivos que válidamente pueden invocarse bajo el amparo de la previsión contenida en el numeral 8° del artículo 380 *ejusdem*.

Ese requisito no lo satisface la mera enunciación del numeral 2º de la primera disposición citada, dado que la falta de competencia que podía, en este caso, fundar el recurso de revisión, no es la atribuida al árbitro único que dirimió la controversia suscitada entre las sociedades Petrotesting Colombia S.A. (hoy Vetra Exploración y Producción S.A.S.), OAO NK Rosneft (hoy Southeast Investment Corporation) y Holsan Chemicals Ltda. que conforman el Consorcio Colombia Energy, sino la del juzgador que profiere la sentencia cuya anulación se persigue a través del recurso extraordinario, es decir, la de esta Sala para conocer, tramitar y resolver la solicitud de homologación del laudo, la que además de no ser discutida por la impugnante, emana del artículo 695 del estatuto procesal civil, a cuyo tenor el órgano competente para el conocimiento y decisión de la «*demanda sobre exequátur de una sentencia o laudo extranjero*» es «*la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro juez*», competencia que, entonces, radica en esta Corporación, pues la «*Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*», tratado internacional aplicable al asunto, que se abrió para la firma en New York el 19 de junio de 1958, no la atribuyó a otro juzgador.

Tampoco la invocación genérica del artículo 29 de la Carta Política sirve al propósito de identificar un motivo de nulidad susceptible de aducirse como fundamento de la causal de revisión, pues aunque tal disposición si contiene un motivo de nulidad procedimental, éste se circunscribe al

contemplado en el último inciso, referente a la obtención de una prueba con violación del debido proceso, hipótesis distante de las varias planteadas por la recurrente.

3.2. Adicionalmente, el fundamento de las irregularidades que se aducen en la demanda fue discutido con amplitud en el trámite del exequátur por vía de las excepciones de *“obligatoriedad al sometimiento de la ley colombiana”, “la sentencia excede los términos de la cláusula compromisoria”, “el laudo cuya homologación se pretende versa sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la decisión se profirió” y “el reconocimiento de la sentencia es contrario al orden público colombiano”* que Ross Energy S.A.S. formuló.

En efecto, en tales defensas, la aludida sociedad alegó que el laudo *«decide negocios jurídicos consagrados en diferentes convenios, que se originan todos en la posibilidad de suscribir y adelantar el Contrato para Producción Incremental suscrito entre el Consorcio constituido para tales efectos y ECOPETROL. Por ello resulta evidente que se afectan normas de derecho público que no solo involucran la soberanía del Estado sino que afectan la validez de la Cláusula Compromisoria en tanto se predique que incluye aspectos que no pueden sustraerse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria»* (folio 433, c. 1 exequátur).

También señaló que bajo el entendido de que las relaciones de las partes se habían regido por varios contratos, entre ellos el celebrado para la producción

incremental, el cual *«está regido por el derecho público y que además versa sobre riquezas del subsuelo de propiedad de la Nación»*, el laudo que ordenó la transferencia del 100% de su interés de participación consorcial, *«no puede modificar la composición de dicho Consorcio, según lo establecido en la Ley Colombiana, en especial la Ley 80 de 1993»*, y la cláusula compromisoria solo autorizaba al laudo para pronunciarse en relación con el convenio JOA, pero no afectar el de Consorcio, desconociendo además que los convenios suscritos *«se rigen por las leyes colombianas»* (folios 437 y 443).

Por último, indicó que el reconocimiento del laudo era contrario al orden público colombiano, esencialmente porque desconoce *«el interés estatal no sólo por la propiedad sino por la minuciosa reglamentación de todo lo referente a los hidrocarburos y al sometimiento a la jurisdicción colombiana de las controversias que en algo afecten tales regímenes»* (folio 448).

3.3. La introducción de tales aspectos fácticos dio lugar a que la Corte se pronunciara sobre los límites objetivos del arbitraje en la controversia atendiendo la naturaleza de los intereses comprometidos en ella, y respecto de la supuesta contradicción de la providencia sometida a homologación con el orden público internacional y la interpretación que a dicho concepto debía otorgarse particularmente si se trataba del reconocimiento de laudos arbitrales internacionales, aspectos que lejos de estructurar la causal de revisión invocada, solo eran susceptibles de analizarse mediante la verificación de los requisitos

previstos en el artículo 694 de la codificación procesal civil.

Lo primero alude a la arbitrabilidad objetiva o «*ratione materiae*», que es una condición de la controversia en virtud de la cual, según las normas del derecho interno, es posible que sea dirimida por árbitros, o con otras palabras, es la naturaleza de la relación jurídica la que determina si el asunto es susceptible o no de ser llevado al conocimiento de un tribunal arbitral.

En el ordenamiento jurídico colombiano, ese concepto ha estado vinculado con la transabilidad o disponibilidad del derecho que origina el conflicto. El artículo 1° del Decreto 2279 de 1989 establecía que podrán someterse a arbitramento «*las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir...*», noción que se mantuvo en el artículo 96 de la Ley 23 de 1991 y en el Decreto 1818 de 1998 que aludió a los conflictos «*de carácter transigible*» (art. 115).

El arbitramento -explicó la Corte Constitucional- «*tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República*» (SU174-07).

Y en otra oportunidad sostuvo que *«aún mediando la habilitación a las partes **“no toda cuestión materia de controversia puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros”...** Ha entendido la Corte que la justicia arbitral únicamente puede operar cuando **“los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular”, es decir, cuando respecto de ellos existe plena libertad de disposición.**”...* Tal facultad de renuncia o disposición es precisamente la que *“determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio.”* Es, por tanto, la naturaleza misma del derecho la que fija los alcances de la libertad de renuncia. Le corresponde a la Ley establecer en qué casos opera la posibilidad de disposición (C-378-08; el énfasis es del texto).

Al pronunciarse sobre la solicitud de homologación, esta Sala verificó que la controversia entre las sociedades Petrotesting Colombia S.A. (hoy Vetra Exploración y Producción S.A.S.), Southeast Investment Corporation) y Holsan Oil S.A. era transigible, es decir, existía libre disposición, negociación y renuncia de los derechos por sus titulares y no mediaba prohibición expresa de la ley, hallándose involucrados únicamente los intereses privados de las partes y no el interés público o de algún ente estatal.

Lo anterior, porque el conflicto se originó en un negocio jurídico válido de contenido patrimonial que comprometía únicamente intereses privados, amén de no existir disposición legal que prohibiera a los contratantes acudir al arbitraje internacional.

En referencia al segundo tema, esto es, la eventual oposición del laudo a las normas de orden público, la Corte

analizó dicho tema con base en la reglamentación contenida en la «*Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*», abierta para la firma en 1958 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional reunida en la ciudad de New York, en virtud del cual los Estados partes están obligados a reconocer la autoridad del laudo arbitral y a no imponer a su reconocimiento y ejecución condiciones más rigurosas que las aplicables a las sentencias arbitrales nacionales (artículo III), limitando las causas de denegación únicamente a las establecidas en ese instrumento (artículo V).

Una de las causales de denegación del reconocimiento del laudo extranjero previstas en esa disposición es «*b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*» (se subraya), sobre la cual resolvió la Sala en la sentencia recurrida en revisión, lo que significa que la supuesta violación de normas de orden público por el fallo de exequátur, fue un aspecto expresamente analizado en ese trámite, dado que al regirse el estudio de la Corte por el mencionado tratado internacional, la eventual contrariedad con el orden público se examinó tomando como extremos dicho concepto de un lado y de otro tanto la providencia arbitral como su reconocimiento a fin de que surtiera efectos en territorio colombiano.

Del análisis efectuado entonces quedó claro que ni en relación con el laudo, ni frente a su reconocimiento por la Corte se presenta la alegada contrariedad con el orden

público que Ross Energy reproduce como motivo del recurso de revisión, aclarando que si bien la Convención de New York hace alusión al «orden público», es claro que dicha expresión corresponde al «**orden público internacional**» del país en que se pide la homologación, en apoyo de lo cual citó las providencias CSJ SC, 5 Nov. 1996, Rad. 6130 y CSJ SC, 30 Ene. 2004, Rad. 2002-00008-01 que precisaron su significado y alcance en el derecho internacional privado, siendo este un concepto que ha seguido evolucionando, tal como se destacó en la sentencia CSJ SC-8453-2016, 24 Jun. 2016, Rad. 2014-02243-00, pronunciamiento del cual es importante traer a colación, por su utilidad, las siguientes precisiones:

En la doctrina del derecho internacional privado, el concepto de orden público internacional ha ocasionado variados debates, pero la mayoría se sitúa en una corriente restrictiva o minimalista al paso que en cuanto a la arbitrabilidad la tendencia es expansiva⁵ e incluso algunos propugnan por una autonomía conceptual de la noción de orden público en el marco del arbitraje indicando que «el orden público como anulación o causa de la no homologación de una sentencia arbitral internacional se debe aplicar en atención a criterios todavía más reducidos que los utilizados para anular o denegar el reconocimiento y la ejecución a las sentencias jurídicas internacionales».⁶

Se ha sostenido en esa misma dirección que «en todo momento, el orden público debe ser entendido en un sentido muy restringido y limitado en el arbitraje internacional. La doctrina

⁵ GONZALES DE COSSIO Francisco. Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje. México 2008, p. 15.

⁶ GONZALO QUIROGA, Marta. Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial. Madrid: Edit. Dykinson, S.L., 2003, p. 63.

*del orden público debería ser invocada únicamente en aquellos casos en los que claramente el perjuicio de lo “público” fuese incuestionable».*⁷

La Resolución 2 de 2002 de la Asociación de Derecho Internacional dio algunas recomendaciones en torno de la interpretación del concepto de «orden público internacional» de un país como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, precisando que este puede originarse en:

(i) Los principios fundamentales, relativos a justicia y moralidad que el Estado desee proteger aun cuando no le atañan directamente, y estos principios fundamentales pueden ser tanto sustantivos como procesales.

(ii) En segundo lugar, se mencionan las normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, siendo éstas conocidas como “lois de police”, como sería el caso de las Leyes antimonopolios, y

(iii) Finalmente, está el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales, como por ejemplo sería el caso de una resolución de las Naciones Unidas.

Concluyó dicho organismo que la expresión «orden público internacional» estaba relacionada con «el conjunto de principios y reglas reconocidas por un determinado Estado, que por su naturaleza podrían impedir el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje comercial internacional, cuando el reconocimiento o la ejecución de dicho laudo pudiera implicar su violación, en razón ya fuese del procedimiento conforme al cual se dictó -orden público

⁷ GONZALO QUIROGA, Marta, op. cit. p. 65.

internacional procesal- o de su contenido -orden público internacional sustantivo-».

Dentro de la categoría de «orden público internacional sustantivo» se encontrarían los principios de «no abuso de los derechos», «buena fe», «fuerza obligatoria del contrato», «prohibición de discriminación y expropiación sin indemnización» y «prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la proscripción de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia».⁸

Y en la de «orden público internacional procesal» se incluyen las garantías fundamentales que permitan asegurar la defensa y un juicio ecuánime, como el derecho a recibir una adecuada notificación, una oportunidad razonable de defensa, igualdad entre las partes y un procedimiento justo ante un juzgador imparcial.

Conclusión de todo lo expuesto es que únicamente si el laudo arbitral para el que se pide el reconocimiento lesiona los valores y principios básicos o fundamentales en que se inspiran las instituciones jurídicas del ordenamiento patrio, podría denegarse su reconocimiento.

(...) es preciso aclarar que el concepto de «orden público internacional» de un país no puede ser confundido con el de «orden público interno» de ese Estado, noción que según se ha explicado en la doctrina nacional «se refiere a las leyes imperativas en el derecho privado, las cuales no pueden ser desconocidas o derogadas por convenciones entre particulares, como lo dice, impropriamente, el artículo 16 del Código Civil. Estas leyes imperativas o de orden público tienen validez permanente y se oponen a las meramente supletivas o interpretativas de la

⁸ Informe Provisional Conferencia de Londres en junio de 2000, y LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi del 2 al 6 de abril de 2002, en: www.ila-hq.org.

*voluntad de las partes que sólo rigen a falta de estipulaciones de los contratantes que modifican sus previsiones».*⁹

Ha distinguido la doctrina que existen dos tipos de normas imperativas, aquellas que se consideran de «orden público de dirección» y las de «orden público de protección». Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico.

Solamente las de «orden público de dirección» interesan al derecho internacional privado para integrar el concepto de «orden público internacional» del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

La sentencia recurrida en esta extraordinaria impugnación, respecto de la vulneración del orden público o de normas pertenecientes a esa categoría tanto por el laudo como por el reconocimiento que se efectuaba para dar efectos jurídicos en Colombia a lo decidido por el árbitro, arribó a la misma conclusión expuesta en la providencia que acaba de citarse que refleja el estado actual de la doctrina jurisprudencial de esta Corporación sobre dicha temática, la cual destaca que el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequátur, *per se* no conlleva un ataque al orden público internacional,

⁹ HOLGUÍN HOLGUÍN, Carlos. La noción de orden público en el campo internacional, en: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, núm. 290-29 (agosto de 1990 a febrero de 1991), p. 9 y ss.

de ahí que, en todo caso, nada pueda objetarse frente a ese particular.

4. En el orden de ideas expuesto, resulta evidente que los motivos en que la consorciada Ross Energy S.A.S. fundó su oposición a la solicitud de homologación del laudo extranjero, son los mismos que invocó en sustentación del recurso extraordinario, al endilgarle al fallo proferido por la Corte, las irregularidades que antes atribuyó a la decisión arbitral, ninguna de las cuales -como se explicó- configura la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que -se reitera- refiere únicamente a los requisitos formales que la ley exige para la constitución válida del acto procesal materializado en la sentencia, visto únicamente desde una perspectiva procedimental, de ahí que solo las nulidades procesales puedan estructurarla, más no las deficiencias sustantivas atribuibles al contenido de ese pronunciamiento, atinentes a su fundamentación jurídica o probatoria o a la razonabilidad de sus conclusiones.

Con el recurso extraordinario, la demandante pretendió desconocer las motivaciones en que esta Sala fundó el otorgamiento del exequátur con el fin de revivir la discusión que tuvo lugar y se agotó en dicho trámite, y en ese sentido debe memorarse que en la revisión *«no es factible controvertir, en línea de principio, los fundamentos que sustentan la sentencia impugnada, o discutir los problemas debatidos en el proceso, o propiciar una nueva oportunidad para formular hechos exceptivos, ni mucho menos mejorar la prueba aportada al litigio, pues ello implicaría abrir la compuerta a una tercera instancia. Y es que la interposición del mismo presupone una relación procesal*

ya cerrada y, por eso, en su ámbito, que en cierta forma corresponde a las llamadas “acciones impugnativas” con efectos rescisorios, no es posible replantear el conflicto» (CSJ SR, 1º Mar. 2011, Rad. 2009-00068-00).

5. Las precedentes consideraciones resultan suficientes para concluir que es infundado el recurso de revisión; en consecuencia, no se accederá a las pretensiones de la demandante, lo que conlleva la imposición de condena al pago de las costas y los perjuicios causados con este trámite, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada. Las costas se tasarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. Los eventuales perjuicios se liquidarán mediante incidente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso de revisión que formuló Ross Energy S.A.S. contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2011 por esta Sala de Casación.

SEGUNDO. Condenar a la recurrente a pagar las costas y perjuicios a favor de las opositoras. Las costas se tasarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. Los eventuales perjuicios se liquidarán mediante incidente. Para el pago de aquéllas y

de éstos se hará efectiva la caución prestada.

NOTIFÍQUESE

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

Aclara voto

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada MARGARITA CABELLO BLANCO

Radicación n.° 11001-02-03-000-2012-02952-00

Con el debido respeto, formulo mi aclaración de voto a la decisión adoptada por la mayoría, en los siguientes términos:

1.- Se alega la causal octava de revisión (nulidad originada la sentencia de exequátur) porque la Corte homologó un laudo arbitral que desbordó los alcances del negocio sometido a consideración del árbitro, en asuntos como el contrato de Consorcio (JOA) y el de producción incremental área suroriente (CPI, celebrado con Ecopetrol por el consorcio), además de que el laudo viola normas de derecho público (en el contrato con Ecopetrol se prohíbe la cesión y también es requerida la utilización de los consorciadas para que uno de ellos ceda) y no se integró el litisconsorcio necesario con Ecopetrol.

2.- En este fallo se insiste en que los casos de nulidad originada en la sentencia hacen referencia sólo aquellos establecidos en las causales de nulidad del Código de Procedimiento Civil, con lo cual no he estado de acuerdo a pesar de que la Corte, en numerosas providencias así lo ha proclamado, pero a la vez ha incluido irregularidades no previstas en este estatuto ritual, como la falta de motivación de la sentencia, que propiamente no están enlistadas como causal de nulidad. De modo pues, que a pesar de lo tajante de la aseveración, la misma Corte ha aceptado excepciones.

En esa medida, creo que incurre en grave vicio *in procedendo* constitutivo de nulidad procesal, cuando el juez se abroga competencia sin derecho, al proferir sentencia no susceptible de recurso, violando los principios de la *reformatio in pejus* o de la *incongruencia*, irregularidades graves que conculcan el derecho de defensa de quien, inerme, no puede ya nada hacer. Por ello, de tiempo atrás la Corte encontró pasible de revisión casos en los que se presentaban esos desafueros, entendiendo que la *nulidad originada en la sentencia*, en sí misma no circunscrita a los casos taxativos del Código de Procedimiento Civil pues esa limitante ciertamente no la contiene el precepto, permitía, por los fines que acompañan al recurso, cobijar vicios *in procedendo* como los anotados.

En los anteriores términos dejo sentado mi criterio.

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada