CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Bogotá, D. C., Diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011).

Aprobada en sala de siete (7) de diciembre de dos mil once (2011)

Ref: Exp. 11001020300020008-01760-00

Se decide sobre la solicitud de exequátur presentada por la sociedad Drummond Ltd., para los laudos parcial de 25 de julio de 2005 y su *addendum* del 7 de noviembre de ese mismo año, y final de 10 de junio de 2006 con su adición del 29 de septiembre de la precitada anualidad, proferidos por los árbitros adscritos a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, que desataron la controversia planteada por la aquí reclamante frente a Ferrovías en Liquidación y Ferrocarriles Nacionales de Colombia S. A. FENOCO.

I.- ANTECEDENTES

1.- Mediante apoderado constituido para tal fin, la accionante pide la homologación de los veredictos previamente citados.

2.- La causa *petendi* se sintetiza de la siguiente forma:

a.-) Que el 13 de septiembre de 1991, la aquí demandante y Ferrovías celebraron un *"contrato de transporte"* de carbón desde la mina Pribenow hasta Puerto Drummond en Ciénaga, Magdalena, con una duración de 30 años, contada desde el 5 de junio de 1992.

b.-) Que dicho acuerdo sufrió modificaciones el 6 de junio de 1997 y el 3 de marzo de 1999, y dentro del mismo se pactó cláusula compromisoria.

c.-) Que en desarrollo de la *"concesión de la red férrea del Atlántico"* suscrita el 9 de septiembre de 1999 entre Ferrovías y Fenoco, aquella cedió a ésta el mencionado *"contrato de transporte"*, según el documento del 28 de febrero de 2000, pero advirtiendo que ambas responderían solidariamente ante la *"Drummond"*.

d.-) Que el 3 de octubre de 2001, la última de las nombradas radicó libelo arbitral respecto a *"Fenoco", "Ferrovías"* y *"el Grupo Dragados S. A."*, debido a *"los incumplimientos…en la ejecución del contrato de transporte"*, y pretendió *"indemnizaciones, reducción de tarifas y declaraciones en cuanto a las facultades y obligaciones de [las demandadas]"*.

e.-) Que el 24 de junio de 2003, el Tribunal emitió un *"laudo parcial"* por cuya virtud *"rechazó las objeciones de Ferrovías a ser tenida como parte en el arbitraje y acogió la objeción jurisdiccional planteada por Dragados"*.

f.-) Que el 25 de julio de 2005, se profirió en idioma español un *"laudo parcial"* en el que *"se decidieron la mayor parte de las cuestiones sometidas al Tribunal Arbitral"*; posteriormente, el mismo fue objeto de un *"addendum"* dictado el 7 de noviembre próximo siguiente.

g.-) Que el *"laudo final"*, redactado igualmente en castellano, data del 10 de junio de 2006, y su correspondiente adición es del 29 de septiembre de idéntica anualidad.

h.-) Que el Tribunal de Gran Instancia de París otorgó a los referidos pronunciamientos una *"ordonnance d' exequatur"* u *"orden de ejecutoria"*, al constatar que no contienen ninguna disposición contraria a la ley o al orden público.

i.-) Que por solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá notificó las aludidas providencias al INCO, Ministerio de Transporte, Ferrovías y Fenoco, los días 2, 3, 4 y 11 de abril de 2008, respectivamente.

j.-) Que los interesados no interpusieron, en Francia, recurso de anulación frente a las aludidas determinaciones.

3.- Admitida la demanda en la que se solicita conceder el exequátur frente a las decisiones foráneas a que se ha hecho referencia, se enteró de ella al Procurador Delegado en lo Civil y a las contradictoras, quienes le dieron contestación así:

a.-) El Instituto Nacional de Concesiones INCO se opuso a las pretensiones por no satisfacerse las exigencias de los artículos 693 y *s.s.* del Código de Procedimiento Civil, y porque los laudos no le son *"oponibles"*. Como defensas adujo las que denominó *"genérica"* e *"inoponibilidad de los laudos"* (folios 147 a 150).

b.-) Fenoco encaró todas y cada una de las solicitudes del escrito genitor, e invocó los medios de resguardo que tituló *"ausencia de requisitos para solicitar el exequátur"* porque: *"El laudo versa sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano al momento de iniciarse el proceso en que el laudo se profirió"* y *"el laudo se opone a las leyes y otras disposiciones colombianas de orden público"* (folios 249 a 272).

c.-) La Nación-Ministerio de Transporte manifestó resistirse a que se conceda la homologación *"por no estar dadas las condiciones generales y especiales definidas en la legislación nacional y los tratados aplicables en la materia"*; en resguardo esgrimió el *"incumplimiento de los requisitos para obtener el exequátur"* por *"ausencia de reciprocidad"*, *"la controversia recayó sobre derechos reales constituidos en bienes públicos que se encontraban en el territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso…"*, *"los laudos se oponen a las leyes y las*

disposiciones colombianas de orden público", *"los laudos recayeron sobre asuntos que son de competencia exclusiva de los jueces colombianos"*, *"los laudos recayeron sobre asuntos respecto de los cuales ya existía decisión arbitral"* y *"no se cumplió con la debida citación y contradicción de los demandados"* (folios 276 a 301).

d.-) El Ministerio Público no se resiste a los pedimentos del libelo introductor, por cuanto *"no se advierte que se desconozcan tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre la materia, como tampoco las normas imperativas patrias"* (folios 401 a 406)

4.- Practicadas y recaudadas las pruebas en la medida de la colaboración de los contendores, se dio traslado para que éstos presentaran alegatos de conclusión, lo que efectivamente hicieron ratificando en sus escritos, visibles a folios 672 a 770, las posiciones que cada uno viene sosteniendo a lo largo del trámite.

5.- Al verificarse que concurren los presupuestos procesales de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Con el auge de la globalización y la apertura de los mercados, se ha hecho más palpable la necesidad de una

seguridad jurídica en el campo internacional, de tal manera que las decisiones tomadas en un Estado, ya sea como consecuencia de haber acudido a los estrados judiciales o ante el agotamiento de la figura del arbitramento internacional, puedan ser oponibles en otro u otros, debiéndose surtir el trámite que para el efecto se contemple, conocido como *exequátur.*

Conforme al artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, se aceptan con fuerza vinculante aquellas sentencias o laudos pronunciados en un país extranjero en procesos contenciosos, por vía de *"reciprocidad diplomática"*, esto es, cuando cumplan con los requisitos establecidos en los tratados existentes con él, o en su defecto, acudiendo a la *"reciprocidad legislativa"*, basada en la aceptación que allí se reconozca a las acá proferidas.

Así se ha reiterado por la jurisprudencia al exponer que *"…en primer lugar se atiende a las estipulaciones de los tratados que tenga celebrados Colombia con el Estado de cuyos tribunales emane la sentencia que se pretende ejecutar en el país. Y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se acogen las normas de la respectiva ley extranjera para darle a la sentencia la misma fuerza concedida por esa ley a las proferidas en Colombia…"* (G. J. t. LXXX, pág. 464, CLI, pág. 69, CLVIII, pág. 78 y CLXXVI, pág. 309 y referido en sentencia del 26 de enero de 2011 exp. 00499-07).

2.- El presente asunto trata sobre la homologación de los laudos parcial y definitivo, con sus correspondientes *"addendum"*, proferidos por tres árbitros adscritos a la Corte

Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, para desatar la controversia contractual surgida entre Drummond Ltd., reclamante, y Ferrovías, Fenoco y el Grupo Dragados S. A., demandados.

3.- En el plenario se encuentran debidamente acreditadas las siguientes circunstancias que tienen incidencia en la decisión que se está adoptando:

a.-) Que Colombia y Francia son parte de la *"Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras"*, firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (folio 652).

b.-) Que el aludido Estado europeo ratificó el instrumento el 26 de junio de 1959, con las siguientes declaraciones: *"(1) Referente a la posibilidad ofrecida en el parágrafo 3 del artículo 1 de la Convención, Francia declara que aplicará la Convención sobre la base de reciprocidad al reconocimiento y ejecución de los laudos hechos sólo en el territorio de otro Estado contratante; además declara que aplicará la Convención sólo a las diferencias que se presenten de relaciones legales, bien sea contractuales o no, consideradas comerciales bajo la ley nacional. (2) Con referencia a los parágrafos 1 y 2 del artículo X de la Convención, Francia declara que esta Convención se extenderá a todos los territorios de la República Francesa"* (folio 463).

c.-) Que respecto a la primera de las anotadas manifestaciones, se hizo *"retractación"* con notificación y efectos a partir del 27 de noviembre de 1989 (folio 465).

d.-) Que entre Drummond Ltd y Ferrovías fue celebrado un contrato operacional para transporte privado, elevado a la escritura pública 4476 del 13 de septiembre de 1991, otorgada en la Notaría 23 del Círculo de Bogotá, dentro del cual se pactó cláusula compromisoria, conforme a la estipulación vigésimo tercera, desarrollada en el anexo I de dicho negocio jurídico (folios 209 a 276 anexos).

e.-) Que el 9 de septiembre de 1999, Ferrovías y Fenoco suscribieron *"Contrato de concesión de la Red Férrea del Atlántico"* (folios 306 a 376 anexos).

f.-) Que el 28 de febrero de 2000, las mismas partes del literal anterior firmaron un *"documento de cesión"* del *"contrato operacional No. 4476 para transporte privado Drummond Ltd. – Ferrovías"* (folios 522 a 525 anexos).

g.-) Que el 11 de octubre de 2001, Drummond Ltd. presentó, ante la Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje, demanda contra Ferrovías, Fenoco y el Grupo Dragados S. A. (folio 559).

h.-) Que el 1° de febrero de 2002, Fenoco radicó libelo de reconvención (folio 592).

i.-) Que el 24 de junio de 2003, los árbitros designados emitieron *"Laudo Arbitral Parcial"* en el que decidieron,

entre otras cuestiones, *"tener exclusivamente como partes en este arbitraje a la demandante, Fenoco y Ferrovías, y excluir o no admitir como tal a quien no sea alguna de las nombradas…"* (folio 578).

j.-) Que el 22 de julio del precitado año, dicha *"Corte"* acusó recibo de los memoriales por medio de los cuales se informó del estado de liquidación de *"Ferrovías"*, y de la designación de la respectiva liquidadora (folio 593).

k.-) Que el 25 de julio de 2005, los árbitros emitieron *"Laudo Arbitral Parcial"*, resolviendo sobre: *"las pretensiones de la demandante"*, *"daños y perjuicios"*, *"las defensas planteadas por Ferrovías o Fenoco"*, *"las pretensiones reconvencionales de Fenoco"* y *"daños y perjuicios o pago de sumas de dinero"* (folios 590 a 718).

l.-) Que el 7 de noviembre de la anualidad prenombrada, se dictó *"addendum"* por cuya virtud se decidió: *"rechazar todos los pedidos de interpretación del laudo parcial"* y *"hacer lugar (sic)"* a las correcciones de los parágrafos *"271 y 330 A"* y *"parágrafo 320 2"* del *"laudo parcial"* (folios 887 a 893).

m.-) Que el 10 de junio de 2006 fue vertido el *"Laudo Arbitral Final"*, en el que se impusieron condenadas a Fenoco y Ferrovías, y se dispuso sobre los *"gastos de arbitraje"* (folios 907 a 948).

n.-) Que el 29 de septiembre próximo siguiente, la correspondiente *"Corte"* produjo un *"Addendum"* para *"rechazar el*

pedido de interpretación del laudo parcial (sic) formulado por la demandante, salvo que Ferrovías y Fenoco deberán, respectivamente, reembolsar a la demandante, de manera separada y sin solidaridad alguna, la suma de US$ 189.584.00 cada una, en cumplimiento de la condena a cargo de ambas de pagar a la demandante el importe total de US$ 379,168.00 ordenado en el parágrafo 95 (iii) del laudo final" (folios 999 a 1003).

o.-) Que las citadas providencias se encuentran ejecutoriadas (folios 719, 894, 949 y 1004).

4.- El carácter foráneo de las providencias cuya homologación se persigue, *"laudos arbitrales"*, y la ausencia de un convenio bilateral específico sobre la materia, le impone a la Corte analizar el asunto a la luz de las reglas consignadas en la *"Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras"*, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre *"arbitramento comercial"*, el 10 de junio de 1958, aprobada por Colombia mediante la Ley 39 de 1990, la cual fue igualmente suscrita y ratificada por Francia.

Sobre la misma, la Sala Civil de esta Corporación tuvo la oportunidad de expresar: *"La Conferencia de las Naciones Unidas sobre arbitraje comercial internacional celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958, adoptó la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras que dejó sin efecto, entre los Estados contratantes, el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitramento de 1923 y la Convención de Ginebra sobre la ejecución de laudos arbitrales*

en el extranjero de 1927…Uno de los efectos de la citada convención es el reconocimiento, por parte de cada uno de los Estados Contratantes, del acuerdo escrito 'conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje' (artículo II)…La susodicha convención determina, a su vez, qué se entiende por 'acuerdo escrito' y en su propósito lo hace extensivo a una cláusula compromisoria, contenida en un contrato o compromiso, firmada por las partes, o vertida en un canje de cartas o telegramas (numeral 2, art. II)…Consigna así en su artículo III, las repercusiones jurídicas pretendidas con su aplicación, consistentes en reconocer 'la autoridad de la sentencia arbitral' y conceder su ejecución 'de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada'…Señala, a continuación, los presupuestos especiales que debe cumplir la parte interesada en obtener su reconocimiento, exigiendo que, junto con la demanda, se aporte la sentencia arbitral y el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligaron a someterse a arbitraje, ya sea en original o en copia debidamente autenticada y con su traducción oficial si no estuviesen en el idioma oficial del país en que se invoca la sentencia (art. III de la citada Convención)…Agrega, además, la precitada convención las únicas causas que pueden dar lugar a la negación del reconocimiento de la sentencia arbitral, congregándolas en dos grupos, según provengan de la actividad desplegada por la parte afectada con la sentencia, al demostrar la falta de convenio o cláusula compromisoria o vicios de forma en la integración del tribunal de arbitramento; o, emanen de la decisión

que en tal sentido profiera la autoridad competente del país donde se pide el reconocimiento…Colombia, por su parte, adhirió a la misma por virtud de la Ley 37 de 1979, declarada inexequible por fallo proferido el 6 de octubre de 1988, absteniéndose de denunciarla para someter la adhesión a un nuevo trámite constitucional por el cual se obtuvo la Ley 39 de 1990, que ratificó la vigencia de la convención" (sentencia de 20 de noviembre de 1992, Gaceta Judicial Número 2458, reiterada el 27 de julio de 2011, exp. 2007-01956-00).

5.- De acuerdo con dicho marco, corresponde examinar los presupuestos especiales requeridos por la citada Convención de 1958, para obtener el exequátur de las decisiones en comento. Con tal propósito, el artículo IV indica: *"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II [cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso], o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en el que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular".*

En este escenario, el examen del material probatorio lleva a establecer que la solicitante de la homologación cumplió con la carga relacionada en el prenombrado canon, puesto que adjuntó con su solicitud inicial copia debidamente legalizada y en castellano de:

a.-) Las decisiones materia de esta causa (folios 590 a 718, 887 a 893, 907 a 948 y 999 a 1003), y,

b.-) El acuerdo distinguido como *"contrato operacional para transporte privado"*, que en su cláusula vigésimo tercera consagró: *"arbitramento y peritazgo: cualquier disputa o controversia surgida en relación con el presente contrato, relacionadas con la interpretación y/o ejecución del mismo o su terminación, que no puedan arreglarse directamente entre las partes, serán dirimidas mediante arbitramento o peritazgo y de acuerdo con el procedimiento establecido en el Anexo I"*; este último que a su vez señala: *"En el evento en que la legislación colombiana permita que el arbitramento internacional sea aplicable al presente contrato en el momento en que surja entre las partes cualquier disputa o controversia relacionada con la interpretación y/o ejecución del presente contrato o su terminación, entonces la disputa deberá ser finalmente resuelta bajo arbitramento bajo las normas sobre conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional, en la forma descrita a continuación. Si las partes no llegan a un acuerdo respecto a la aplicación del arbitramento internacional a este contrato al momento de iniciación del arbitramento, la opinión de la Academia Colombiana de Jurisprudencia deberá prevalecer…Serán aplicables las normas de conciliación y*

arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional vigentes al momento en que se solicite el arbitramento por una de las partes. Serán nombrados tres (3) árbitros de acuerdo con lo establecido en dichas reglas y estos deberán ser de distinta nacionalidad a las partes…El lugar en que se llevará a cabo el arbitramento internacional es París, Francia, y la ley aplicable al proceso de arbitramento será el de la Cámara de Comercio Internacional…Las partes determinarán los asuntos en disputa de acuerdo con la ley colombiana…".

Por lo demás, valga destacar, los referidos supuestos no han sido discutidos por las partes, anotándose, que si bien una de las providencias materia de esta tramitación se denomina *"laudo parcial"*, la misma ostenta, por su naturaleza y alcance, el carácter de sentencia, por poner fin a varias de las pretensiones de las demandas principal y de reconvención.

En ese sentido, los tratadistas han señalado que *"numerosas legislaciones se refieren a la posibilidad de que el tribunal emita laudos parciales. Los reglamentos de CCI, LCIA, UNCITRAL y AAA establecen la posibilidad de que los árbitros emitan los laudos parciales…La doctrina se refiere a esos laudos como laudos que son, por una parte, finales, no en cuanto ponen fin al arbitraje o a las funciones del tribunal sino porque terminan de manera definitiva una parte de las controversias que se han sometido a arbitraje quedando otras por resolver; y por la otra, parciales, en cuanto no resuelven la totalidad de las controversias ni terminan con la jurisdicción del tribunal. Un laudo parcial es entonces final con respecto a la controversia que resuelve, pero parcial respecto de la totalidad de las controversias sometidas a*

arbitraje" (ZULETA Eduardo. ¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo final y el laudo interino. En: El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York en su 50° aniversario. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2008. Pág. 61).

6.- En consideración a que las demandadas esgrimieron reparos de fondo a la petición de exequátur, le compete ahora a la Sala efectuar su escrutinio, a efecto de determinar si tienen la virtualidad de dar al traste con la misma.

Preliminarmente debe destacarse que la Convención de Nueva York de 1958 incorporó un catálogo integral de los motivos que conducen a la denegación de la homologación de un laudo arbitral extranjero; así, el artículo V prescribe que *"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: -- "a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o -- "b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus medios de defensa; o -- "c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o*

contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o -- "d) Que la constitución del tribunal arbitral o procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o -- "e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. -- "2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba; -- "a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o -- "b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país."

Lo dicho conlleva la imposibilidad de invocar, y menos acoger causas distintas a las allí previstas, cuestión que ya tuvo la oportunidad de refrendar la Corte al expresar: *"Con base en lo preceptuado por el artículo V de la Convención de Nueva York a que se ha venido haciendo mención…acorde con el entendimiento jurisprudencial se tiene, que las hipótesis previstas en esa norma, delimitan las defensas que puede desplegar la accionada en esta clase de procedimientos"* (sentencia de 27 de julio de 2011, exp. 2007-01956-00).

Con el anotado preludio, se procederá al análisis de las excepciones propuestas, en el orden que se estima como lógico.

A.- Del Instituto Nacional de Concesiones INCO:

a.-) Inoponibilidad de los laudos al Instituto Nacional de Concesiones INCO.

Se sustenta en lo siguiente: que las decisiones materia de homologación no le son oponibles, por haber sido proferidas en un proceso en el que no fue parte; que como administrador del negocio de concesión celebrado entre Ferrovías y Fenoco no está llamada a cumplir las condenas impuestas en los laudos, como quiera que *"la cesión del contrato de concesión de la red férrea del Atlántico No. O-ATLA-0-99 realizada en cumplimiento del artículo 11 del Decreto 1791 de 2003 no implicó para INCO la asunción de las obligaciones derivadas de los procesos judiciales que se encontraban el (sic) curso el 26 de junio de 2003, fecha de expedición de dicho Decreto",* aspecto que se corrobora en el canon 19 de dicho cuerpo normativo; y que no detenta la condición de cesionario del *"contrato operacional de transporte privado No. 4476 de 1991, en consideración a que Ferrovías ya había cedido dicho contrato a Fenoco"*, por lo que *"las obligaciones del INCO respecto de dicho contrato se extienden, a lo sumo, al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su condición de establecimiento público de carácter nacional"*.

La Corte considera:

1º) El arbitraje es entendido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que pretende producir una decisión obligatoria y vinculante para las partes, quienes voluntariamente han decidido someter sus diferencias al escrutinio de terceros; el arbitramento internacional no es ajeno a ese espíritu, pues, una de sus características más importantes, es la de que sus laudos sean *"reconocidos"* y *"ejecutados"* en cualquier país, independientemente de la asimetría de los ordenamientos jurídicos internos de las naciones de origen y destino.

El *"reconocimiento"* tiene como propósito conferir al *"laudo extranjero"* el carácter de acto jurisdiccional válido y eficaz en el ordenamiento nacional en el cual se persigue su invocación como fuente de derecho y obligaciones, pues, una decisión que carezca del mismo, no representaría para las partes a las que concierne, compromiso alguno; la ejecución, por su parte, *"consisten en el cumplimiento forzado de una sentencia o laudo extranjero previamente reconocido por el Estado…Si bien toda sentencia extranjera es susceptible de reconocimiento, la ejecución procede sólo respecto de aquellas que imponen la obligación de cumplir con determinada prestación"* (TAWIL , Guido Santiago. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Concepto y diferencias. En: El Arbitraje Comercial. Ob. Cit. Pág. 33).

Esos *"reconocimiento"* y *"ejecución"* de las determinaciones foráneas, apunta la propia convención de 1958 en su artículo III, deben hacerse *"de conformidad con las normas*

de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada".

En Colombia, el *"reconocimiento"* obedece a las reglas consignadas en los artículos 693 a 695 del Código de Procedimiento Civil, mismas que atañen al trámite del exequátur ante la Corte Suprema de Justicia, el cual exige, como reflejo de la garantía básica al debido proceso, el traslado de la solicitud a la *"parte afectada con la sentencia o el laudo y al procurador delegado en lo civil"*, la primera por ser la llamada a responder, aún compulsivamente, por las condenas impuestas en la decisión respectiva, y el segundo por representar los intereses de la sociedad en general. Por su parte, la *"ejecución"*, prevé el propio artículo 695 *ibídem*, corresponde a otro juez, el competente, *"conforme a las reglas generales"*.

En otras palabras, dentro del *"exequátur"* se examina si la providencia extranjera cumple los presupuestos de reconocimiento de que trata el artículo III de la Convención, o si se configura alguna de las excepciones relacionadas, *númerus clausus*, en el canon V; mientras que en el proceso en el que se pretenda la ejecución, se analiza la idoneidad del título, y si el mismo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles frente al que se invoque como ejecutado, conforme lo exige el artículo 488 *ejusdem.*

2º) El proceso arbitral al que se ha venido haciendo referencia tuvo como demandante a la sociedad Drummond Ltd., y en condición de accionadas a Ferrovías, Fenoco y el Grupo

Dragados S. A.; esta última fue excluida del litigio, por virtud del laudo parcial emitido el 24 de junio de 2003.

Por lo tanto, la homologación que aquí se pretende en principio debió contar como contradictoras con las aludidas demandadas Fenoco y Ferrovías; pero, como la liquidación de esta culminó el 27 de junio de 2008 (folios 415 y 416), fecha muy posterior a los laudos extranjeros, se impone establecer quién o quiénes asumieron los derechos y obligaciones de la extinta persona jurídica, pues, a partir de su determinación, se podrá concluir si se satisfizo el presupuesto del necesario contradictor.

3º) El Decreto 1791 de 26 de junio de 2003 ordenó la supresión de la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías, y dispuso en el mismo acto su liquidación; en el artículo 11, se precisó que *"El liquidador de la Empresa Colombiana de Vías Férreas Ferrovías cederá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de este decreto a la entidad que asuma la competencia de la red férrea concesionada, los siguientes contratos. Hasta tanto se perfeccione dicha cesión el liquidador continuará ejecutándolos: Contrato 0-ATLA-00-99 Contrato de Concesión de la Red Férrea del Atlántico, suscrito con Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. Fenoco S.A, cuyo Objeto es otorgar en concesión, para su rehabilitación - reconstrucción, conservación, operación y explotación, la infraestructura de transporte férreo de la red del Atlántico, para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga, infraestructura que está conformada por los tramos: Bogotá (Km 5) - Belencito (PK 262), La Caro (PK 34) - Lenguazaque (PK 110), Bogotá (Km 5) - D orada (PK 200), Dorada (PK 200) - Barrancabermeja (PK 444),*

Barrancabermeja (PK 444) – Chiriguaná (PK 724), Chiriguaná (PK 724) - Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) - Santa Marta (PK 969) y Puerto Berrío (PK 333) - Medellín (Bello) (PK 509), incluyendo los bienes inmuebles, los bienes muebles y el material rodante consignados en los anexos del pliego de condiciones que dio origen al mencionado contrato. La presente concesión de infraestructura conlleva también la concesión de las obras de conservación respecto de los tramos mencionados, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993. Plazo de la concesión: será de treinta (30) años, el cual se empezó a contar a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de la concesión".

El precepto 14, por su parte, indicó que *"Una vez finalizada la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías en Liquidación, los bienes, derechos y obligaciones serán transferidos a la Nación - Ministerio de Transporte. El Liquidador realizará oportunamente los actos que sean necesarios para el traspaso de esos activos, pasivos, derechos y obligaciones, si a ello hubiere lugar, para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto-Ley 254 de 2000"*.

A su turno, la regla 19, atañedera a los procesos judiciales, expresó que *"El liquidador deberá continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término, hasta tanto se efectúe la entrega de inventarios al Ministerio de Transporte. Así mismo, deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Defensa Judicial*

de la Nación, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad, como también, cuando ello sea procedente, deberá archivar los procesos y reclamaciones con sus respectivos soportes y en los términos señalados por las disposiciones legales vigentes. El Ministerio de Transporte, asumirá, una vez culminada la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías en Liquidación, la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos".

Con base en lo exhaustivamente reglado por el citado Decreto, no se llama a duda que a este trámite especial fueron convocadas las eventuales afectadas con los laudos extranjeros, pues, se citó a la Nación-Ministerio del Transporte como responsable de la *"totalidad de los procesos judiciales"* en los que fue parte Ferrovías, y al INCO como cesionario del contrato de concesión de la red Férrea del Atlántico, materia del juicio arbitral.

Ahora bien, que la sentencia sea inoponible al referido Instituto, no es una circunstancia que se adecúe en las hipótesis de defensa enlistadas en el artículo V de la Convención de Nueva York, amén de que su examen, según lo anteriormente expuesto, corresponderá al eventual juez de la ejecución, por ser un aspecto propio del análisis del título ejecutivo.

En conclusión, no prospera la excepción planteada por el Instituto Nacional de Concesiones.

b.-) Genérica.

Se solicita declarar oficiosamente *"las excepciones"* que resulten probadas dentro del proceso.

Frente a dicha opugnación, basta indicar para su desestimación que ella no hace referencia precisa a uno de eventos que, de acuerdo con la Convención de 1958, puede dar al traste con la petición de reconocimiento del laudo arbitral.

B.- Comunes Fenoco y Ministerio del Transporte:

a.-) El laudo versa sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en el territorio colombiano al momento de iniciarse el proceso en el que se profirió.

En sustento, las accionadas exponen que las determinaciones a validar versaron sobre *"uno de los atributos de la propiedad de la vía, específicamente, sobre el uso, que Ferrovías cedió a Fenoco, en virtud del contrato de concesión"*; agregan que se condicionó la utilización del trayecto a favor de una *"empresa privada"*.

La Corte considera:

1º) Como se expuso en un comienzo, a tono con lo previsto en la Convención de Nueva York de 1958, los únicos motivos en los que se puede fundar la negativa de homologación de una providencia extranjera, son aquellos relacionados

puntualmente en el respectivo artículo V, que, según su contenido, no prevé la *"defensa"* que ahora se trata.

En consecuencia, al no incluir la preceptiva internacional ese ataque como viable, el mismo está llamado al fracaso; conclusión que se reafirma al repasar el contenido del artículo 2° de la Ley 315 de 1996, el cual, frente a los arbitrajes internacionales, prioriza la aplicación de los tratados en desmedro de los cánones del procedimiento civil interno: *"El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia,* ***los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil****"* (resaltado fuera del texto); norma sobre la que la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de señalar: *"(…) el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequátur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia,* ***excepto las de procedimiento****"* (énfasis agregado).

2º) Con abstracción de lo discurrido, el medio de defensa propuesto tampoco está llamado a prosperar, porque el fallo objeto del presente trámite no versó sobre *"derechos reales"*, como enseguida se explicará:

(i) Los derechos patrimoniales ordinariamente se distinguen en las categorías de reales y personales; esta clasificación atiende la forma en la que el ser humano aprovecha las cosas de las cuales obtiene utilidad: directamente la una, e indirectamente la otra.

El beneficio de la *"cosa"* se logra derechamente ejercitando un *"derecho real"*, que de acuerdo con el artículo 665 del Código Civil, es el *"que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona".* Así definido, en el *"derecho real"* existe una relación directa entre el titular del derecho y la *"cosa"* en que se ejerce, y por ello los romanos proclamaban el "*jus in re"*, *"derecho en la cosa"*.

Cuando para satisfacer las necesidades no se pueden aprovechar las *"cosas"* de forma inmediata o *"directa"*, los individuos tienen que recurrir a los *"derechos personales"* o *"de crédito"*, que según la definición del texto 666 *ibídem*, *"son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo, o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas"*. Dichos *"derechos"* se caracteriza, entonces, porque en ellos no hay una relación directa entre su titular y el bien, sino un vínculo jurídico de personas: acreedor y deudor; en consecuencia, el titular del crédito detenta una relación indirecta con la *"cosa"*, cuestión por la que los de la ciudad eterna hablaban de *"jure ad rem"*.

(ii) Expuestos los mencionados rasgos, se advierte que la diferencia fundamental entre ellos consiste en que en los de *"crédito"* hay una relación de personas, en tanto que en los

"reales" de sujeto y cosa; estos, además, se presentan en el sistema de *númerus clausus*, toda vez que como tales únicamente pueden reputarse los que de manera expresa señale la ley: dominio, herencia, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca; aquellos, a su turno, no guardan restricción alguna, habida cuenta de que su creación está sometida al principio de la autonomía de la voluntad privada.

Por último, los *"reales y personales"* dan origen a las acciones de idéntico nombre; las primeras oponibles a todo el mundo y las últimas sólo contra el deudor o contra quien legítimamente lo representa.

(iii) Los laudos respecto de los cuales se pide su homologación, atañen al análisis y resolución de una acción contractual en la que, *grosso modo*, los demandantes deprecaron a los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, que se declarara el incumplimiento por parte de las demandadas Ferrovías y Fenoco.

Para corroborarlo, véase que la providencia extranjera de 25 de julio de 2005, en el capítulo de *"pretensiones bajo la demanda arbitral"*, consignó: *"La demandante sustenta sus pretensiones en incumplimientos del contrato que imputa solidariamente a Ferrovías y Fenoco a partir del 30 de octubre de 1997, y que radicarían esencialmente en que dichas codemandadas no le habrían proporcionado a la demandante la vía férrea en condiciones que permitiesen a los trenes de la demandante, destinados al transporte de carbón, circular por la vía férrea entre la mina y el puerto (y viceversa) a velocidades*

que la demandante estima que han sido contractualmente pactadas" (folio 26 del anexo 7). Mientras que en la parte resolutiva del *"laudo"*, el árbitro declaró, entre otras, que *"Ferrovías y Fenoco han incumplido sus obligaciones de rehabilitar y mantener la vía férrea conforme a los estándares de infraestructura para brindar el nivel de servicio garantizado a las que se encuentran contractualmente obligadas, incluidas las de suministrar un sistema de comunicaciones y señalización para la circulación de trenes ATP o equivalente, durante el lapso que comprende el año 1998 y se extiende durante los años subsiguientes hasta agosto de 2003"* (folio 145 del anexo 7).

Así las cosas, resulta claro que con el trámite arbitral no se buscó la declaratoria de dominio u otro *"derecho real"* sobre un bien, y la sentencia no resolvió, directamente, sobre la propiedad, *"usufructo", "uso o habitación", "servidumbres activas", "prenda e hipoteca"*, pues, la acción propuesta fue de naturaleza contractual, los litigantes que concurrieron al trámite resultaron ser, únicamente, los suscriptores o cesionarios del negocio jurídico en controversia, la pretensión se contrajo al incumplimiento de ese acuerdo de voluntades, y la resolución del caso se centró en los efectos, *inter partes*, a que daba lugar la infracción de las estipulaciones del correspondiente acuerdo.

De contera, el medio de contención en cuestión no sale avante.

b.-) El laudo se opone a las leyes y otras disposiciones colombianas de orden público.

Para la Nación-Ministerio de Transporte, los fallos son contrarios al *"orden público"* por cuanto *"(i) imparten órdenes a las autoridades colombianas para aprobar o improbar modificaciones a bienes de uso público, (ii) priorizan la utilización privada de tales bienes en desmedro de la* (sic) *actividades de mantenimiento y sin observancia a elementales principios de seguridad y orden público, (iii) imponen límites y fijan parámetros a la autoridad estatal competente (incluida la titular de la potestad administrativa sancionatoria) para aplicar multas por deficiencias en la operación del corredor férreo, (iv) da efectos y tratamientos al silencio de la administración de manera distinta a los previstos por el legislador al regular el silencio administrativo y las decisiones fictas presuntas, (v) establece responsabilidades no previstas contractual ni legalmente para las* (sic) *autoridad titular del corredor férreo, y (vi) asigna tareas de control, vigilancia y mantenimiento del orden público a autoridades y particulares que constitucional y legalmente no tienen esa misión".*

De su lado, Fenoco esgrime que:

El laudo ordena una indemnización de perjuicios a cargo de Ferrovías, como consecuencia del silencio administrativo que supuestamente se configuró al no haber contestado a Drummond Ltd. la *"solicitud de modificación del Ramal del Puerto*"; con ello, se estaría *"violando una norma de orden público colombiano"*,teniendo en cuenta la sentencia C-1436 de 2000, proferida por la Corte Constitucional, que en uno de sus apartes indica: *"…el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los*

árbitros". Además, en esas condiciones Ferrovías actuaría como autoridad administrativa, con lo que *"no estaría cobijada por la cláusula compromisoria"*, pues, su consentimiento lo otorgó para disputas contractuales.

El Tribunal de Arbitramento al concluir que la facultad para imponer multas era un facultad excepcional de Ferrovías, y por ende, no extensiva a Fenoco, contrarió otro precepto de *"orden público"*, esto es, el 1602 del Código Civil.

La decisión de reconocer una indemnización a favor de Drummond Ltd. y a cargo de Ferrovías y Fenoco, por el incumplimiento de las dos últimas a los deberes de vigilancia y control visual de la vía férrea, además de ser ultrapetita, desconoce normas imperativas del ordenamiento colombiano, Código Nacional de Policía, artículo 2°, según las cuales es función de la *"Policía" "la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad de la salubridad y la moralidad públicas"*.

Para resolver, la Sala considera:

1º) Sobre el orden público como tema de excepción en la Convención de Nueva York de 1958, esta Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y tomar partido acerca de sus alcances, en los siguientes términos:

"La posibilidad de plantear la aludida 'defensa' está prevista en el literal b), numeral 2º, canon V de la mencionada Convención, en el que se contempla que podrá negarse el

reconocimiento y la ejecución de una 'sentencia arbitral' si es contraria al 'orden público' del respectivo país donde se está reclamando la homologación. (…) c. La noción de 'orden público' en el 'Derecho Internacional Privado', concuerda con el criterio de la doctrina, al señalar, que es diferente a la concebida en áreas como el 'Constitucional' y el 'Privado Interno', pues en el ámbito de aquel, en el evento de llegar a contrariar principios fundamentales del ordenamiento jurídico, se erige como una excepción a la aplicación de la ley extranjera cuando se demanda el 'reconocimiento y ejecución de un fallo foráneo'. (…) e. Los anteriores elementos sirven hoy a la Sala para establecer que el concepto de 'orden público' que en el foro nacional tiene la virtualidad de enervar el reconocimiento o la ejecución de un 'laudo extranjero', hecho bajo el amparo de la aludida Convención de Nueva York, se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del 'foro' del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas' (sentencia de 27 de julio de 2011, expediente 2007-01956).

2º) Bajo esas premisas, se advierte que la excepción estudiada no está llamada a prosperar porque:

(i) Las órdenes impartidas por el Tribunal de Arbitramento, dentro de los laudos cuya validación aquí se

depreca, se limitaron a aspectos propios del *"contrato operacional para transporte privado"*, precaución que se advierte al leer el propio texto de la respectiva resolución: *"exclusivamente en tanto y en cuanto ello se encuentra regido por las disposiciones del contrato y de la cesión: (1) corresponde a Ferrovías, o a la autoridad estatal competente según las leyes de Colombia, aprobar o denegar las autorizaciones solicitadas por la demandante para modificar la estructura del Ramal del Puerto, establecer la tabla de arrastre de los trenes de la demandante y aplicar multas bajo la cláusula decimoquinta del contrato; (2) Ferrovías ha incumplido sus obligaciones de pronunciarse, bajo la cláusula 8.9 del contrato, en relación con los pedidos de autorización formulados por la demandante relativos a la tabla de arrastre de sus trenes y la modificación de la estructura del Ramal de Puerto; (3) Fenoco no está facultado por el contrato a aplicar la multa de US$ 500.000 que impuso a la demandante bajo dicha cláusula; y (4) a partir de la fecha efectiva de la cesión (3 de marzo de 2000), corresponde a Fenoco pronunciarse acerca de de las solicitudes de autorización de la demandante de equipos ferroviarios para circular por la vía férrea en función de la dureza de las ruedas de tales equipos, aunque los pronunciamientos de Fenoco sobre esta materia al respecto, por los cuales se limita o rechaza la admisión de tales equipos, carecen de fundamentación suficiente o apropiada sobre la base del contrato y la información a su disposición".*

Con ellas, entonces, no se desconocen los principios básicos o fundantes del ordenamiento jurídico patrio, advirtiéndose, por lo demás, que nada ilegal hay en la existencia de contratos para la explotación de bienes del Estado, pues, se

recordará que esa modalidad negocial existía aún en el Decreto 222 de 1983, art. 16, normativa bajo la que se expidió el referido *"contrato operacional para transporte privado".*

(ii) Ningún precepto de *"orden público"* contrarió el Tribunal mencionado al decidir sobre multas. Si bien el decreto 222 de 1983 reguló, expresamente, lo concerniente a ellas, artículos 71 y 72, y la obligación de las entidades estatales, con algunas excepciones, de pactar la cláusula respectiva, los árbitros circunscribieron su examen a la posibilidad de un particular para imponerlas, por vía de la cesión del contrato, asunto que lejos está de ser refractario a los pilares en los que se soporta el derecho colombiano, porque resulta ser más el análisis de una cuestión contractual, que el escrutinio de una función administrativa.

Las anteriores reflexiones sirven, igualmente, para desterrar el alegato relativo a la sanción o indemnización por efecto de la aplicación del alegado silencio administrativo, dado que, en ese caso, el estudio de las actuaciones u omisiones de las partes, se dio en el marco de un acuerdo de voluntades.

(iii) En todo caso, de haberse presentado un desconocimiento de normas nacionales concernientes a multas y consecuencias del silencio administrativo, ello *per se* no implica ir en contra del orden público, porque eso se dará si "*trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior"*, situación que no se da en este escenario.

En este sentido, ha dicho la Corte que *"Tocante con el respeto a las normas de orden público interno, es importante señalar que este requisito no traduce que la decisión proferida por el tribunal extranjero, deba ser respetuosa de todas las normas imperativas que hagan parte del derecho material colombiano, como lo sugiere la parte opositora, pues ello equivaldría a decir que, por lo menos en parte, la decisión de aquel tuvo que proferirse al amparo del derecho nativo, argumento que contraría la esencia misma del exequátur, como procedimiento necesario para otorgar fuerza en Colombia a sentencias pronunciadas en un país extranjero, desde luego que al amparo del derecho que rige a la respectiva nación en la que se desarrolló el litigio."* (sentencia de 6 de agosto de 2004, exp. 11001-0203-000-2001-0190-01)

Por ende, la contraposición debe ser de tal magnitud que no sea posible su ejecución en el ámbito nacional y no una simple disconformidad o exposición de desacuerdo del afectado, que conllevaría a una intromisión en los puntos que fueron materia de pronunciamiento, situación ajena a esta etapa en la cual no se puede debatir si el mismo fue justo o acorde con la normatividad existente, salvo cuando sea de orden público, sin que aparezca patentizada una violación flagrante a éstas, por cuanto las exposiciones se refieren a la figura del silencio administrativo negativo, en clara alusión a la estipulación nacional, cuando el fallo arbitral contempla es el reconocimiento de unos perjuicios ante el incumplimiento de los deberes contractuales, lo que las diferencia.

(iv) Finalmente, la supuesta extralimitación de los laudos al asignar obligaciones de vigilancia y control a los contratantes, propias, según los demandados, de las autoridades de Policía; en estricto sentido no se adecúa al marco de la defensa de *"orden público"*, pues, lo que se pretende, en últimas, es controvertir el contenido material de una decisión extranjera, que, por la desatención de los referidos deberes, terminó imponiendo unas condenas de perjuicios.

A propósito, expresó la Corte: "*Desde luego que el exequátur tiene como objetivo verificar la regularidad internacional de la sentencia y no calificar lo decidido por el juez competente. El concepto de exequátur, dice la Corte, 'obedece a la necesidad de un trámite inspirado en el principio de soberanía estatal, lo que significa que no ha de debatirse la justicia o acierto del fallo que se presenta para ser acogido'. Más exactamente, 'la sentencia extranjera que resuelve sobre una pretensión es un todo diferente a la que provee sobre la solicitud de exequátur, puesto que ésta obedece a la necesidad de un trámite inspirado en el principio de la soberanía estatal, hasta el punto de que en él no se discute la justicia o el acierto del fallo extranjero, sino que, de modo exclusivo, se verifican o controlan otros aspectos de este proceso que pueden llegar a afectar el orden jurídico nacional" (sentencia de 30 de enero de 2004, Exp. No. 2002-0008-00).*

Esta defensa, conforme a lo expuesto, tampoco tiene vocación de éxito.

C.- La Nación - Ministerio del Transporte.

a.-) Ausencia de responsabilidad.

Se apalanca en que bajo la legislación francesa está prohibido el arbitraje en o para entidades públicas, y que el Estado europeo formuló reserva a la Convención de Nueva York de 1958, atinente a que la aplicará *"sólo a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean contractuales o no, consideradas comerciales con arreglo a su derecho interno, las que no involucran conflictos en los que estén presentes entidades estatales por no corresponder a conflictos de esa naturaleza"*.

Al respecto se considera:

En el estudio que preliminarmente se hizo en esta sentencia, se encontró que entre Colombia y Francia existe reciprocidad diplomática, habida cuenta del instrumento varias veces citado; por lo tanto, aducir la presencia de barreras o limitantes en la legislación gala frente a laudos arbitrales en los que son parte entes públicos, es una alegación superflua que no se puede atender por ausencia de respaldo normativo.

Adicionalmente, el reparo que inicialmente hizo *"Francia"* a la *"Convención"*, según lo aquí demostrado, fue retirado el 27 de noviembre de 1989, mucho antes del inicio del proceso arbitral promovido por Drumond Ltd.

En consecuencia, no se acredita la excepción.

b.-) Los laudos recayeron sobre asuntos que son de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

Se dice, en apoyo de la mencionada, que la constitución, la ley y la jurisprudencia patria han reservado a sus jueces especializados en lo contencioso administrativo, la expedición de actos administrativos relacionados con la definición de planes de trenes, bandas de mantenimiento, aplicación de multas como facultad excepcional al derecho común, la configuración y los efectos del silencio administrativo.

La Corte considera:

1º) Lo señalado se entiende incorporado en el supuesto del literal a), numeral 2° del artículo V de la plurimencionada Convención de Nueva York, el cual alude a que *"según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible por vía de arbitraje".*

2º) Sobre el arbitramento internacional, y su aplicación a los contratos estatales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

"... la Ley 39 de 1.990, mediante la cual se aprobó la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958, también es aplicable frente al contrato estatal, dado que reconoce valor a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y

ejecución y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas; no distingue la convención entre personas jurídicas de derecho público o de derecho privado; por ende, es aplicable a cualquier clase de persona jurídica, sin que sea dable excluir a las entidades estatales; el hecho de que la convención se refiera al arbitramento comercial no excluye de su aplicación a los contratos celebrados por el Estado, que también está en la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza,... (…).Valga anotar que en las normas en las cuales han sido regulados el arbitramento internacional y la amigable composición, no ha existido prohibición para el uso de estas figuras por parte del al estado, por tanto debe entenderse que frente a una administración capaz de transigir como se le permitió en materia contractual desde el Decreto 01 de 1.984, artículo 217, es posible la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos, especialmente desde cuando a través de la Ley 39 de 1.990 el Estado Colombiano aceptó el acatamiento a decisiones proferidas por tribunales arbitrales extranjeros; sometimiento que hoy se mantiene constante en la legislación nacional, conforme a lo establecido en la Ley 315 de 1.996, que se encargó de reglamentar algunos aspectos del arbitraje internacional. (…) Hoy se sigue recabando sobre la aplicación en primer momento del derecho de los tratados, es así como el artículo 2° de la citada Ley 315, a pesar de que no sea aplicable al caso que ahora se decide por ser posterior al convenio demandado, deja una idea clara de que el querer del legislador plasmado inicialmente en la Ley 39 de 1990 ha sido el acatamiento al derecho de los tratados. La norma mencionada, dispuso en lo pertinente: "Normatividad aplicable al arbitraje internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en

particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil….'" (auto de la sección tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo, del 22 de abril de 2004, exp. 2003-00034-01).

3º) Los mencionados elementos sirven para establecer que las controversias dimanadas de los contratos estatales colombianos, no son del resorte exclusivo de sus jueces de lo contencioso administrativo, resultando por lo tanto válida la cláusula compromisoria que se suscriba para que árbitros extranjeros eluciden las disputas que se presenten entre los interesados.

Ahora bien, es cierto que la facultad de esos terceros no puede ser omnímoda, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, al concluir que *"los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales"*; pero, las disputas resueltas por la Corte Internacional de Arbitraje fueron de naturaleza contractual, como ya se explicó por esta Sala en líneas precedentes, a propósito de la excepción de *"orden público"*.

Así, se desestimará este resguardo.

c.-) Los laudos recayeron sobre asuntos respecto de los cuales ya existía decisión arbitral.

En síntesis, se refiere que *"varias de las cuestiones decididas en los laudos que son objeto de exequátur, fueron resueltas por un Tribunal de Arbitramento que sesionó bajo el auspicio de la CCI – Proceso 11677/KGA"*.

La Corte considera:

1º) La defensa propuesta no está en el catálogo preciso del artículo V de la Convención, motivo suficiente para no contemplarla.

2º) La excepción de cosa juzgada, por lo demás, fue objeto de análisis y decisión en el laudo materia de exequátur, por lo cual, no es válido refrendar en esta sede dicho estudio.

No florece la excepción.

d.-) No se cumplió con la debida citación y contradicción de los demandados.

Se expresa, en apoyo, que *"conocida la liquidación de Ferrovías, con capacidad restringida a las tareas propias del inventario de sus bienes y la calificación económica de los mismos, el proceso no podía continuar sin la presencia del sujeto llamado a cumplir con las decisiones arbitrales"*.

Se considera:

1º) El literal b) del ordinal primero del canon V de la Convención de Nueva York de 1958, prevé que se *"podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia",* si *"la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa"*. Este apartado se refiere, indudablemente, a una de las manifestaciones del *"debido proceso"*: el derecho de contradicción, o de defensa, o a ser oído.

El acto procesal de la notificación, tiene como propósito que el demandado o convocado en cualquier proceso se entere de la existencia del mismo, y pueda, oportunamente, esgrimir los medios de defensa o estrategias procesales para el buen éxito de sus intereses; en torno a la forma de efectuar la citación, a la luz del referido instrumento internacional, la doctrina es insistente en que *"no existe ningún requisito formal con carácter general"*, por lo que *"debe valer cualquier medio al que las partes hayan prestado su consentimiento"*.

Ahora bien, circunscrita la temática al derecho de defensa, también denominado *"derecho a presentar su caso"*, la doctrina ha concordado en que el mismo significa o se traduce en que *"las partes en un procedimiento deben tener la oportunidad de presentar su posición antes de que se dicte una decisión"*, sin que el mismo se agote con la efectiva presencia o representación del llamado, *"siempre y cuando haya sido convocado regularmente"*.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español ha acotado que *"la indefensión se produce cuando una de las partes se ve privada de la posibilidad de utilizar los medios legales suficientes para su defensa, viéndose con ello situada involuntariamente en una posición de desigualdad o viendo impedida la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado debate del desarrollo procesal"*; aclarando, que *"no puede alegarse indefensión cuando ésta tiene su origen, no en la decisión de quien juzga, sino en causas imputables a quien dice haberla sufrido, por su inactividad, desinterés, impericia o negligencia, o la de los profesionales que le defienden o representan, así como por la técnica o estrategia procesal empleada"* (Sentencias de 19 de diciembre de 1988 y 14 de junio de 1985, citadas en Guido S. Tawil, Eduardo Zuleta, ob, cit).

Como los estándares de la Convención de Nueva York son imprecisos, al momento de examinar el reconocimiento o ejecución de los laudos, las Cortes encargadas de los trámites de exequátur han optado, en muchas ocasiones, por efectuar el escrutinio a la luz de los principios procesales de su país; esto, sin ir a la particularidad de las reglas, sino a las garantías fundamentales del procedimiento.

Las garantías mínimas que se deben ofrecer en cualquier actuación que se surta en Colombia, se explicitan, naturalmente, en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales; la sentencia C-641 de 2002, por ejemplo, indica que "e*ntre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez*

natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra" (Corte Constitucional, sentencia de 13 de agosto de 2002).

2º) De conformidad con el material probatorio arrimado al plenario, se tiene que Ferrovías acudió al proceso arbitral por intermedio de dos apoderados judiciales, uno de ellos el que en este escenario agencia los derechos del Ministerio de Transporte (folio 23 del cuaderno 7 de anexos); que contestó la demanda arbitral el 12 de marzo de 2002, planteando las respectivas defensas; y que Ferrovías informó de su estado de liquidación.

3º) De los anteriores elementos, la Corte deduce razonadamente que en el trámite que dio origen a la decisión cuya homologación ahora se pide, se respetaron las garantías mínimas que constituyen el núcleo del derecho al debido proceso, pues, en verdad, que a la allí demandada Ferrovías se le enteró de la iniciación del trámite; se le ofreció la oportunidad de *"presentar su caso"*, al punto que en realidad lo hizo.

Ahora bien, la simple circunstancia de estar una persona jurídica representada por su liquidador, no se constituye

en óbice para ejercer su derecho de contradicción, más aún cuando, en el caso colombiano, el Decreto 254 de 2000 prescribe que *"el liquidador de las entidades en liquidación, como representante legal, debe continuar atendiendo los procesos judiciales, hasta tanto se efectúe la entrega de los inventarios"*.

La excepción, en suma, no prospera.

7.- Consecuentemente, al no prosperar las defensas aducidas por las personas concernidas, se otorgará el reconocimiento deprecado a los proveídos expresamente identificados y debidamente acreditados.

8.- Se condenará en costas a la parte perdedora en favor de la solicitante.

9.- Acorde a lo reglado en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, reformado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, se fijarán las agencias en derecho para ser incluidas en dicha liquidación.

III.- DECISIÓN

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

FALLA:

Primero: Desestimar las excepciones formuladas por la parte demandada.

Segundo: Conceder el exequátur para el laudo parcial y su *addendum* del 25 de julio y 7 de noviembre de 2005, así como el laudo final y su *addendum* del 10 de junio y 29 de septiembre de 2006, proferidos por el Tribunal de Arbitramento compuesto por los señores Horacio E. Grigera Naon, Luís Alfredo Araque y Rodrigo Oreamuno, según reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, que desató la controversia desatada por Drummond Ltd contra Ferrovías en Liquidación y Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A.

Tercero: Condenar en costas a la contradictora.

Parágrafo: Fijar las agencias en derecho en la suma de dos millones doscientos cincuenta mil pesos ($2’250.000,00), los que se incluirán en la liquidación.

Notifíquese

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ