

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia. Contrato estatal. Sección Tercera Consejo de Estado / CONTRATO ESTATAL - Recurso de anulación de laudo arbitral. Competencia

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, en los términos en que fue modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998 y lo ordenado por los artículos 72 de la Ley 80 de 1993 y 162 del Decreto 1818 de 1998, el Consejo de Estado, Sección Tercera, es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. El laudo arbitral objeto del recurso de anulación fue dictado para dirimir la controversia suscitada en el contrato No. 078 de 23 de agosto de 1988, celebrado entre Carbones de Colombia S.A. - CARBOCOL- y DRUMMOND LTDA, que tenía por objeto la exploración, construcción y montaje para la extracción del mineral, así como la explotación, transporte y comercialización del proyecto carbonífero en una zona del Departamento del Cesar. Como se evidencia, una de las partes de la relación contractual, es una entidad del Estado y el contrato celebrado, según lo definido por el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, (norma vigente a la fecha de la celebración del contrato 078 de 1988), es un contrato administrativo. Actualmente, bajo la definición contenida en el régimen de la Ley 80 de 1993, artículo 32, es un contrato estatal.

LEY 1107 DE 2006 - Competencia Jurisdicción Contenciosos Administrativa / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Ley 1107 de 2006. Criterio subjetivo

La Ley 1107 de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas. Entre los objetivos que tuvo la norma, está el de aclarar el régimen jurisdiccional de la entidades estatales. La modificación más significativa alude a la eliminación de las expresiones “controversias y litigios administrativos” que hacían parte del texto anterior del mismo artículo 82, el cual fue reemplazado, por la expresión “controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, variación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate -contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, de donde se advierte la adopción de un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual prima la naturaleza del órgano o sujeto que actúa, en contraste con el anterior criterio de carácter material u objetivo soportado en la actividad cumplida por la entidad pública.

CARBOCOL - Empresa industrial y comercial del estado. Régimen jurídico especial / CARBOCOL - Contrato administrativo. Régimen jurídico especial

En efecto CARBOCOL Ltda., funcionó como una empresa industrial y comercial del Estado, que cumplía actividades para el desarrollo de la actividad minera y, por lo tanto, los contratos que celebraba eran contratos administrativos; no obstante que la ley sometió dichos contratos a un régimen especial que gobierna dicha actividad, así lo establecía el Parágrafo del artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 y también lo consagró el artículo 76 de la Ley 80 de 1993; es decir, están sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Oportunidad

El recurso fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el inciso primero del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo, toda vez que la notificación del auto que lo aclaró y complementó, se cumplió en estrados el 27 de agosto de 2007 y el recurso de anulación fue presentado el 31 de agosto el mismo año.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Generalidades / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Naturaleza / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Características / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Finalidad / JUEZ DE ANULACION - Poderes. Principio dispositivo / PRINCIPIO DISPOSITIVO - Límite de los poderes del juez de anulación / CORRECCION DE LAUDO - Excepción por incongruencia / ADICION DE LAUDO - Excepción por incongruencia / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS - Excepción recurso de anulación de laudo arbitral / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Excepción. Principio de intangibilidad de las sentencias

La jurisprudencia de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, reiteradamente se ha referido a la naturaleza, y características del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha precisado lo siguiente: i) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. ii) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso. iii) Mediante el recurso de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios. iv) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993. v) Los poderes del juez de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación. vi) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.” vii) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el

recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley. (Artículos 128 de la ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998). Nota de Relatoría: Ver sentencias de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, Exp. 11632; de 16 de junio de 1994, Exp. 6751; de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090; de 28 de abril de 2005, Exp. 25811; de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, de 20 de junio de 2002, Exp. 19488; de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012; de 1º de agosto de 2002, Exp. 21041; de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560; de 8 de junio de 2006, Exp. 32398; de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871; de 26 de marzo de 2008, Exp. 34071; de 21 de mayo de 2008, Exp. 33643. Sobre PRINCIPIO DISPOSITIVO: Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751; sobre SUSTENTACION DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL: sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871; sobre PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS: Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Sistemas de causales. Contrato estatal. Artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales. Contrato regido por ley 80 de 1993 / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales. Contrato de régimen de derecho privado

Existen dos sistemas de causales de anulación para impugnar los laudos arbitrales, cuya aplicación ha sido admitida por la jurisprudencia de la Sala según se trate de controversias derivadas de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 o de contratos amparados bajo el régimen del derecho privado. Queda claro entonces, que las causales que pueden invocarse para impugnar un laudo arbitral mediante el cual se ha dirimido la controversia surgida de un contrato estatal sometido al régimen de derecho privado, son las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, norma que recopiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, mientras que si se trata de la impugnación del laudo que ha resuelto una diferencia suscitada en un contrato estatal sometido al régimen del Estatuto Contractual, las causales que pueden invocarse son las consagradas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29476, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

EXPLORACION Y EXPLOTACION MINERA - Régimen contractual / CONTRATO DE CONCESION EXPLORACION Y EXPLOTACION MINERA - Régimen / CONTRATO DE CONCESION EXPLORACION Y EXPLOTACION MINERA - Competencia. Norma procesal

Los contratos celebrados para el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera de recursos naturales renovables y no renovables, no se encuentran sujetos al régimen previsto por el Estatuto de Contratación Estatal, por cuanto éste, de manera expresa, ha dispuesto que sean gobernados por la legislación especial que les es aplicable, es decir, por el régimen minero. Como ya se dijo, la actividad minera se encuentra regulada actualmente por la Ley 685 de 2001, Código de Minas vigente, normatividad que reguló entre otros aspectos, los referidos a la competencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado para conocer sobre asuntos mineros y la manera como podían ser resueltos los conflictos que se presentaran entre las entidades públicas

concedentes y los contratistas concesionarios de los derechos de explotación de recursos naturales. En efecto, el artículo 293 de la Ley 685 de 2001, determinó la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer en primera instancia de las acciones referentes a los contratos de concesión que tengan por objeto la exploración y explotación de minas; por su parte, el artículo 295 definió la competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de las acciones que se promuevan sobre asuntos mineros, distintas de las contractuales, en los que la Nación o una entidad estatal del orden nacional, sea parte y el artículo 294, reguló la manera de solucionar las diferencias de orden técnico, económico y legal que se presentaran entre concesionarios y la entidad concedente. Como se observa, las normas del Código de Minas a que se ha hecho referencia, son de naturaleza procesal, y, por lo tanto, de orden público, de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata, en consecuencia, las mismas resultan aplicables al asunto que se debate, desde el momento en que entraron en vigencia, no obstante que al momento de la celebración del contrato regían otras diferentes.

CONTRATO DE CONCESION EXPLORACION Y EXPLOTACION MINERA - Controversias. Competencia

Del contenido del artículo transcrito (artículo 294 de la Ley 685 de 1994,) se infiere lo siguiente: i) Las diferencias de orden técnico serán de conocimiento de un Tribunal de arbitramento técnico; ii) Las controversias de naturaleza legal o económico serán dirimidas por la “rama jurisdiccional del poder público colombiano; iii) La designación de los árbitros y el procedimiento arbitral se regirá por el Decreto 1818 de 1998 y las normas que lo adicionen o reformen. La citada disposición legal determinó que las controversias de tipo legal o económico eran de competencia de la “rama jurisdiccional del poder público colombiano”; razón por la cual resulta pertinente establecer cuáles son los órganos que integran la rama jurisdiccional y para ello debe acudir a la Carta Política, en cuyo artículo 116 establece su conformación. El precepto constitucional claramente establece que además de los órganos del Estado, los particulares también pueden ser investidos para ejercer funciones jurisdiccionales de manera transitoria, en su calidad de jurados de conciencia, conciliadores o de árbitros habilitados por voluntad de las partes en controversia para dictar fallos bien en derecho o en equidad. Armonizando el artículo 294 de la Ley 685 de 1994 y el texto constitucional del artículo 116, puede llegarse a establecer que las controversias de orden legal o económico que se susciten en los contratos de concesión que tienen por objeto actividades de explotación o exploración minera, pueden ser sometidas a conocimiento de árbitros, por voluntad de las partes de la relación contractual, toda vez que no habría justificación alguna para que se limitara el arbitramento, a controversias de orden técnico, dejando por fuera las diferencias de orden legal o económico que, también pueden ser resueltas por la justicia arbitral. Así mismo, dichas controversias pueden ser dirimidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, su juez natural, cuando no ha mediado pacto arbitral. Amén de lo anterior y por expresa disposición del artículo 294 de la citada Ley 685 de 1994, “en la designación de los árbitros y en el procedimiento arbitral se aplicará el Decreto 1818 de 1998 y las normas que lo adicionen o reformen.”

CONTRATO MINERO - Causales de anulación de laudo arbitral / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL- Contrato minero. Causales / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado. Causales del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / CONTRATO ESTATAL SOMETIDO A REGIMEN

PRIVADO - Causales de anulación de laudo arbitral. Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / PRINCIPIO DEL EFECTO UTIL

Retomando el tema de las causales de anulación que pueden invocarse y teniendo en cuenta, de una parte, que a los contratos mineros no le son aplicables las normas del Estatuto Contractual sino las normas especiales que regulan dicha materia y de otra, que en esas normas especiales se determina la normatividad aplicable para resolver las controversias surgidas entre las partes de un contrato minero, cuando quiera que éstas han acordado que sea la justicia arbitral la que las dirima, es perfectamente claro que las causales de anulación del laudo previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, norma vigente a la fecha de suscripción del negocio jurídico de compromiso (18 de mayo de 1999) y de la interposición del recurso (31 de agosto de 2007), no pueden ser invocadas para impugnar el laudo arbitral dictado para solucionar las controversias suscitadas en un contrato minero, tema de interés en este proceso. En su defecto y por expresa disposición del artículo 294 de la Ley 685 de 1994, en materia de arbitramento, deberá acudirse a las regulaciones contenidas en el Decreto 1818 de 1998, norma que constituye el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, la cual agrupa en dos artículos, el 163 y el 230, varias causales de anulación que pueden invocarse para impugnar los laudos arbitrales. Como ya se refirió, la jurisprudencia de la Sala ha determinado que el sistema de causales de anulación consagradas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, resultan aplicables para impugnar los laudos que resuelven conflictos originados en contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado. La pregunta que debe formularse está orientada a determinar entonces, cuáles son las casuales de anulación consagradas en el Decreto 1818 de 1998 que pueden invocarse con el fin de impugnar el laudo arbitral proferido para solucionar las controversias suscitadas en un contrato minero celebrado entre el Estado y un particular. Pero como ya se advirtió, el mismo Decreto 1818 de 1998, consagró en su artículo 230, otro grupo de causales de anulación contra los laudos arbitrales, norma que compiló el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Esta regulación simultánea y diferente de una misma materia en el mismo reglamento normativo, no puede ser inoficiosa y por lo tanto, bajo el principio del efecto útil, como criterio de la interpretación normativa, que permite al juez preferir la interpretación que confiere un mejor efecto a la norma, que aquella que no la tiene, debe entenderse que la regulación contenida en el artículo 230 de la norma en comento, tiene una finalidad la cual debe desentrañarse de la interpretación misma que de ella se haga. Estos razonamientos llevan a concluir que el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, es la norma aplicable para impugnar los laudos arbitrales dictados para resolver las diferencias suscitados en contratos mineros celebrados por el Estado, los cuales se rigen por un régimen especial de derecho público, que no es el de la Ley 80 de 1993. En este orden de ideas, dado que en el presente asunto el recurrente invocó como causales de anulación, las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, norma que, como quedó claramente establecido, no es aplicable a los contratos mineros, en principio habría lugar a su rechazo, pero como las causales invocadas por el recurrente corresponden a las mismas compiladas por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, éstas serán admitidas y resueltas por la Sala. Se precisa además, que al momento de interponerse el recurso, hecho ocurrido el 31 de agosto de 2007 aún no se encontraba en vigencia la Ley 1150 de 2007.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993. Causal 4 del artículo 230 del decreto 1818 de 1998 / CAUSAL 4 DEL ARTICULO 72 DE LA LEY 80 DE 1993 - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL 4 DEL ARTICULO 230 DEL DECRETO

1818 DE 1998 - Supuestos. Causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL 4 DEL ARTICULO 72 DE LA LEY 80 DE 1993 - Supuestos. Causal 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 / CAUSAL 4 DEL ARTICULO 230 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Causal 4 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Aspectos

La causal de nulidad que se analiza se encuentra dirigida a preservar el principio de la congruencia de los fallos judiciales que tiene consagración en el artículo 305 del C. de P. C. en la forma en que fue modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2289 de 1989, en virtud del cual, “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, mandato legal que impone al juez, la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada. La incongruencia tiene tres aspectos a saber: i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal cuarta que se invoca, alude a los dos primeros aspectos indicados, puesto que el último hace referencia a una causal diferente que también será analizada. El principio de congruencia se torna aún mas estricto en tratándose de laudos arbitrales toda vez que las facultades del juez devienen de la voluntad de las partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes. La jurisprudencia de la Sala ha sostenido que para que se configure la causal contenida en el numeral 4º del artículo 230, del Decreto 1818 de 1998 se requiere de la existencia de alguno de los siguientes supuestos: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por no tener el carácter de transigibles y con ello se contraría la Constitución y la ley, ii) que el laudo decida asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral, (cláusula compromisoria o compromiso) desconociendo que el ámbito de su competencia está delimitada y restringida estrictamente a las precisas materias definidas por las partes y iii) que el laudo exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, es decir, que el mismo contenga pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas en la demanda ni en las excepciones propuestas como medio de defensa, de manera que el fallo no concuerda con los extremos de la litis, tornándose en incongruente. En este contexto, resulta claro que la causal que se estructura en el hecho de “haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, se relaciona, entonces, con la incongruencia del fallo por extralimitar la órbita de competencia prevista por la Constitución y la Ley u otorgada por voluntad de las partes en el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular expuesto por ellas en la demanda y su contestación. Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Sala que la referida causal, además de resultar procedente frente a la incongruencia del laudo por ultra o extra petita, sanciona los eventos en que el tribunal de arbitramento actúa sin competencia, esto es, por fuera del marco que la ley o las partes definen para que puedan actuar válidamente. En efecto, cuando la causal alude a que el laudo recaiga “sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, regula también los eventos en que el tribunal de arbitramento obró sin facultades, ya sea porque la materia respecto de la cual se pronuncia no es transigible conforme lo exige la ley o porque la misma no forma parte de los

asuntos contenidos en el pacto arbitral. Nota de Relatoría: Ver sentencias de 21 de mayo de 2008, Exp. 33643, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Exp.33645; Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356, también puede consultarse la sentencia de 8 de junio de 2006; Exp. 29.476, sentencia de 8 de junio del 2006, Exp. 29.476; sobre ULTRA PETITA: Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25489

COMPROMISO - Noción / COMPROMISIO - Número de tribunales de arbitramento / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Competencia. Numero de tribunales. No es causal de anulación

El artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 al definir el compromiso como un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento, no está señalando limitación alguna en cuanto al número de Tribunales que pueden ser convocados para solucionar el denominado conflicto presente y determinado y bien podría hacerse en un solo Tribunal o en varios. En el negocio jurídico de compromiso las partes tampoco restringieron a un solo Tribunal de arbitramento la materia objeto de controversia como para que pueda afirmarse, como lo hace el recurrente, que solo podía convocarse un Tribunal de Arbitramento y si bien es cierto que por razones de costo y tiempo, resultaría deseable que mediante un solo proceso arbitral se definieran todos los aspectos objeto de la controversia, ello no significa que mientras subsista algún tema sin dilucidar, que hace parte de la materia litigiosa definida por las partes, pueda acudir al juez arbitral en busca de solución al conflicto; admitir lo contrario llevaría a limitar el derecho de acción que le asiste a todo sujeto de derecho. El hecho de convocar, un Tribunal de Arbitramento en oportunidades distintas para que resuelva las diferencias suscitadas en un contrato, sobre una materia específica definida expresamente por las partes en conflicto, no constituye causal de anulación del laudo que fue dictado por el Tribunal convocado en la segunda oportunidad, o por lo menos no existe norma legal que así lo consagre. La simple circunstancia de que una de las partes del conflicto haya demandado la solución de solo algunos puntos de la materia litigiosa ante el juez arbitral no acarrea per se, como consecuencia, impedimento alguno para que pueda acudir de nuevo al juez, a fin de obtener solución de la parte que no fue debatida en la primera oportunidad y mucho menos tal hecho podría generar incompetencia para el Tribunal de Arbitramento convocado en segunda oportunidad para dar solución definitiva al conflicto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Designación de los árbitros / TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Indebida integración / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Carácter restrictivo y extraordinario / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causales taxativas

En efecto el artículo 163-2 del Decreto 1818 de 1998, consagra la nulidad del laudo por “no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esa causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite”, dicha causal, no fue invocada por el impugnante puesto que sus alegaciones están dirigidas a demostrar que el hecho de no haberse designado el Tribunal de Arbitramento, en debida forma, configura la causal contenida en el numeral 4º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Pero además se advierte que para la época en que fue presentado el recurso de anulación, la causal contenida en el numeral 2º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, solo podía ser invocada contra laudos que definían controversias de

contratos estatales sometidos al régimen de derecho privado, pero no respecto de aquellos que definían conflictos de contratos regidos por el régimen de derecho público y está claro que el contrato de concesión minera que dio origen al litigio resuelto mediante el laudo que se acusa, se encuentra gobernado por un régimen especial de derecho público como ha sido demostrado, razón por la cual y en virtud de carácter restrictivo y extraordinario que caracterizan el recurso de anulación, lo cual impone que las causales estén previamente determinadas en la ley de manera taxativa, resultaría improcedente, en el caso concreto, invocar la referida causal.

CAUSAL 3 DEL ARTICULO 72 DE LA LEY 80 DE 1993 - Supuestos. Causal 3 del artículo 230 del decreto 1818 de 1998 / CAUSAL 3 DEL ARTICULO 230 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Supuestos. Causal 3 del artículo 72 de la ley 80 de 1993 / CAUSAL 3 DEL ARTICULO 72 DE LA LEY 80 DE 1993 - Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal / CAUSAL 3 DEL ARTICULO 230 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal

La causal consagra dos supuestos diferentes, uno referido a los errores aritméticos, aspecto que no es cuestionado por el recurrente y otro que alude a las disposiciones contradictorias contenidas en la parte resolutive del laudo, asunto sobre el cual versará el análisis. El legislador previó el cumplimiento de determinados requisitos para la procedencia de esta causal de anulación, entre ellos los siguientes: i) que el laudo contenga disposiciones contradictorias; ii) que dichas contradicciones hagan imposible el cumplimiento de la sentencia por contener decisiones opuestas que se excluyen abiertamente entre si ii) que las contradicciones se presenten en la parte resolutive de la sentencia y iv) que la irregularidad del fallo haya sido puesta en conocimiento del Tribunal de Arbitramento, oportunidad que no puede ser otra que aquella prevista para solicitar la aclaración o corrección del laudo. Es evidente que la causal está limitada a los errores y contradicciones que se presentan en la parte resolutive del laudo y, por lo tanto, no resulta procedente invocar la causal cuando aparezcan contradicciones entre la parte motiva y la resolutive. Nota de Relatoria: Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Civil, sentencias de 24 de julio de 1975, sentencia de 29 de octubre de 1976; del Consejo de Estado sentencia de 10 de mayo de 1994, Exp. 8004, sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25489, sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, Exp. C-4851 (S-070-98); Corte Suprema de Justicia de 6 de junio de 2002 expediente 20634; sentencia de 2 de marzo de 2006, Exp. 29703; sentencia de 13 de febrero de 2006, Exp. 29704; sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

CAUSAL 5 DEL ARTICULO 72 DE LA LEY 80 DE 1993 - Causal 5 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998 / CAUSAL 5 DEL ARTICULO 230 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - Causal 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 / CAUSAL 5 DEL ARTICULO 72 DE LA LEY 80 DE 1993 - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / CAUSAL 5 DEL ARTICULO 230 DEL DECRETO 1818 DE 1998 - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Noción / FALLO CITRA PETITA - Adición del laudo / FALLO MINIMA PETITA - Adición del laudo / LAUDO ARBITRAL - Adición. Fallo citra petita

La causal enunciada también se encuentra estructurada en el artículo 305 del C. de P. C., el cual impone, en virtud del principio de congruencia, que las decisiones del juez, materializadas en la sentencia, guarden total consonancia con las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones propuestas en su contestación. Igualmente encuentra fundamento en el artículo 304 del C. de P. C., norma según la cual, la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, las costas y perjuicios a cargo de las partes. Ya se había analizado en esta providencia, al examinar la causal prevista en el numeral 4º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, las situaciones que podían dar lugar a un fallo “ultra petita” y extrapetita; corresponde ahora, examinar el escenario opuesto, es decir, cuando el juez deja de resolver sobre lo pedido, fallo “citra petita”. La jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado sobre la naturaleza y alcance de la causal contenida en el numeral 5º del artículo 72 del Estatuto contractual que corresponde a la misma consagrada en el numeral 5º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998. Así ha entendido que “la causal invocada se refiere a la citra o mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos”. También precisó la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (citra petita) y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellas y lo resuelto por el fallador. Igualmente, ha precisado que cuando el laudo ha sido impugnado por presentar mínima petita, no necesariamente deberá anularse sino que podrá adicionarse en el extremo no decidido. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 20 de mayo de 2004, Exp. 25759, en igual sentido las sentencias de 4 de abril de 2002, Exp. 20356 y de 2 de marzo de 2006, Exp. 29703; sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22526; sobre ADICION DEL LAUDO: sentencia de 10 de marzo de 2005, Exp.28308.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Finalidad / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Complementación del laudo

El recurso de anulación ha sido concebido por el legislador con la finalidad de corregir yerros del procedimiento y excepcionalmente para corregir errores aritméticos o de cálculo o para subsanar alguna omisión del laudo, evento en el cual procede su complementación; pero el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia no puede convertirse en segunda instancia para juzgar el laudo por errores in iudicando y así modificar sus decisiones por el sólo hecho de no estar de acuerdo con sus conceptos o los juicios de valor sobre la prueba y los elementos fácticos controvertidos, o por la aplicación de la ley material.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Condena en costas. Artículos 129 de la Ley 446 de 1998 y 165 del Decreto 1818 de 1998. Norma especial / CONDENA EN COSTAS - Recurso de anulación de laudo arbitral. Artículos 129 de la Ley 446 de 1998 y 165 del Decreto 1818 de 1998. Norma especial

El artículo 129 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 (modificatorio del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989), en su inciso 3º, dispone de manera especial para el recurso de anulación contra laudos arbitrales que “Cuando ninguna de las causales invocadas prospere se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente”. Por su parte, el

artículo 171 del Código Contencioso Administrativo (modificado por la Ley 446 de 1998, en su artículo 55) y el párrafo 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, establecen que para imponer la condena en costas se exige la valoración de la conducta asumida por las partes, con el fin de establecer si se presenta temeridad. Como quiera que los artículos 129 de la Ley 446 de 1998 y 165 del Decreto 1818 de 1998, regulan de manera especial el tema del arbitramento y como parte de él, lo relativo al recurso de anulación que procede contra el laudo arbitral dictado por los Tribunales de Arbitramento, debe llegarse a la conclusión que estas disposiciones legales prevalecen sobre los mandatos del Código Contencioso Administrativo y la ley 80 que regulan el mismo tema de las costas en el trámite de los procesos ordinarios. Con esta lógica debe entenderse que cuando se trata del recurso de anulación contra laudos arbitrales no se exige valorar si la parte recurrente obró con temeridad o mala fe al interponer el recurso, para proceder a la imposición de las costas, pues tan sólo basta que las causales que han sido invocadas no prosperen, independientemente de la conducta asumida. Sucede que el asunto sub lite, la recurrente es la empresa DRUMMOND LIMITED como convocada y, por lo tanto, la obligada a pagar las costas que se deriven de la interposición del recurso de anulación para la otra parte de la contienda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00063-00(34594)

Actor: DRUMMOND LIMITED

Referencia: RECURSO DE ANULACION

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por la empresa DRUMMOND LIMITED -DRUMMOND-¹, contra el laudo arbitral proferido el 8 de agosto de 2007, por el Tribunal de Arbitramento convocado por MINERCOL LTDA, en liquidación y el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA -INGEOMINAS-² para dirimir las controversias surgidas con ocasión del contrato No. 078 de 1988, celebrado el 23 de agosto de 1988, providencia mediante la cual se tomaron las siguientes decisiones:

PRIMERO: Declarar que no prosperan las objeciones por error grave propuestas por la CONVOCANTE contra el dictamen pericial

¹ En adelante la convocada o DRUMMOND.

² En adelante las convocantes o MINERCOL LTDA en liquidación e INGEOMINAS.

contable y por la CONVOCADA contra la experticia elaborada por DESARROLLO EMPRESARIAL LTDA., y aportada por la CONVOCANTE con la demanda.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte CONVOCADA.

TERCERO: Reconocer oficiosamente la excepción de cosa juzgada en relación con las pretensiones 2, 6, 7 y 8 de la demanda y, en consecuencia, advertir que en relación con ellas debe estarse a lo resuelto en laudo arbitral del 20 de septiembre de 2001, proferido por el Tribunal de Arbitramento que tuvo lugar entre las mismas partes, que se protocolizó mediante la escritura pública número 01810 del 21 de diciembre de 2001, de la Notaría 16 del Círculo de Bogotá.

CUARTO: Declarar que a la fecha de este laudo existe, se encuentra vigente y en ejecución el contrato 078 de 1.988, celebrado mediante escritura número 2411 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá, originalmente suscrito entre CARBOCOL, como parte estatal y DRUMMOND LIMITED contratista, contrato este cuyo objeto es exploración y explotación carbonífera en una zona del Departamento del Cesar, comprendiendo entre otras actividades las de exploración, construcción, transporte y comercialización del mismo.

QUINTO: Declarar que el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA y MINERÍA, INGEOMINAS, se subrogó en la posición de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN en el contrato 078, razón por la cual aquella entidad es, a partir del 29 de enero de 2001 la parte estatal contratante en el referido acuerdo, tal como está debidamente probado.

SEXTO: Declarar que como consecuencia de la subrogación a que hace referencia la declaración anterior, el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, es beneficiario desde enero 29 de 2.004, de unas regalías, conforme lo disponen las estipulaciones del contrato 078 de 1998, debidamente acreditadas.

SÉPTIMO: Declarar que este Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciarse sobre la calidad de beneficiario que pueda tener el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, en las utilidades obtenidas por DRUMMON LIMITED y, por tanto, se inhibe para resolver sobre este aspecto de la pretensión 4 principal.

OCTAVO: Declarar que DRUMMON LIMITED debe cancelar a favor de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN una regalía equivalente al quince por ciento (15%) del valor F.O.B. (franco a bordo) presuntivo en boca de mina del mineral producido, hasta el 28 de enero de 2.004.

NOVENO: Declarar que DRUMMON LIMITED debe cancelar a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, o de sus cesionarios o sucesores a cualquier título, una regalía equivalente al quince por ciento (15%) del valor F.O.B. (franco a bordo) presuntivo en boca de mina del mineral producido, desde

el 29 de enero de 2004 inclusive y hasta la terminación del contrato 078 de 1988 o de sus prórrogas.

DÉCIMO: Declarar que está probado y así lo han aceptado las partes, que el "monto deducible" se detrae del valor o precio FOB T (Trimmed Free on Board O franco a bordo trimado o esparcido) a que hace referencia el contrato 078 para establecer el valor FOB en boca de mina, sobre el cual se procede a liquidar las regalías a cargo de DRUMMOND.

UNDÉCIMO: Declarar que está probado que como consecuencia de la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, a partir del 3 de marzo de 1.999 y conforme lo previsto en el contrato 078, DRUMMOND LIMITED ha debido cancelar a favor de la parte estatal contratante un mayor valor de regalías como consecuencia de la disminución en la tarifa básica por tonelada de transporte, lo que a su vez disminuye el monto deducible con el consecuente incremento en el valor FOB presuntivo en boca de mina, que constituye la base para liquidar dichas regalías.

DUODÉCIMO: Declarar que está probado que la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, celebrada el día 3 de marzo de 1999 introdujo a dicho acuerdo ajustes en relación con las garantías sobre volúmenes transportados cuyo efecto práctico es la disminución de la tarifa básica por tonelada a cargo de DRUMMOND, pero sin que tal declaración implique aceptar la referencia tangencial que hace en la pretensión a un "costo efectivo de transporte".

DÉCIMO TERCERO: Declarar que, como consecuencia de la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, a partir del 3 de marzo de 1999, y conforme lo previsto en el contrato 0078 de 1988, DRUMMOND LIMITED ha debido cancelar a favor de la parte estatal contratante, un mayor valor de regalías, como consecuencia de la disminución en la Tarifa Básica de Transporte, lo que a su vez disminuye el monto deducible, con el consecuente incremento en el valor FOB presuntivo en boca de mina, que constituye la base para liquidar dichas regalías.

DÉCIMO CUARTO: Condenar a DRUMMOND LIMITED a pagar a la EMPRESA NACIONAL MINERA LIMITADA, MINERCOL LIMITADA, EN LIQUIDACIÓN la suma de diez millones novecientos noventa y dos mil trescientos treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con setenta y siete centavos de dólar (US\$ 10'992.335,77) que deberán ser cancelados en pesos colombianos, liquidados a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha de pago, monto correspondiente a las regalías que DRUMMOND LIMITED ha dejado de pagar entre el 3 de marzo de 1999 y el 28 de enero de 2004.

DÉCIMO QUINTO: Condenar a DRUMMOND LIMITED a pagar a INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, a título de regalías causadas desde el 29 de enero de 2004 y hasta el 30 de junio de 2006, la suma de Catorce millones novecientos doce mil cuatrocientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta y seis centavos de dólar (US \$ 14'912.452,56) que deberán ser

liquidados en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha de pago.

DÉCIMO SEXTO: Condenar a DRUMMOND LIMITED a pagar al INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, a título de regalías causadas entre el 1° de julio de 2006 y mientras subsistan las reglas previstas en la segunda modificación del Contrato Operativo de Transporte, las sumas que correspondan a los embarques de carbón posteriores al 30 de junio de 2006, liquidadas según los parámetros fijados en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Condenar a DRUMMOND LIMITED a pagar a favor de la EMPRESA NACIONAL MINERA LIMITADA, MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN y al INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, a título de intereses moratorios sobre las regalías causadas y no pagadas, al 30 de junio de 2006, la suma de siete millones ciento veintitrés mil setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con veintiún centavos de dólar (US\$7.123.077.21) en las siguientes proporciones: (i) la suma de cuatro millones doscientos treinta y cuatro mil novecientos cuarenta y cinco dólares con sesenta y tres centavos de dólar de los Estados Unidos de América. (US \$4.234.945.63) a favor de la EMPRESA NACIONAL MINERA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN; y (ii) la suma de dos millones ochocientos ochenta y ocho mil setecientos treinta y un dólares, con cincuenta y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US\$ 2.888.731.57) a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS. Los intereses así decretados están liquidados a la fecha del laudo y deberán ser cancelados en pesos colombianos, a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha de pago.

DÉCIMO OCTAVO: Condenar a DRUMMOND LIMITED a pagar a favor de la EMPRESA NACIONAL MINERA LIMITADA, MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN y al INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, sobre las regalías causadas entre el 1° de julio de 2006 hasta la fecha del laudo, liquidados según los parámetros fijados en la parte motiva de este laudo y deberán ser cancelados en pesos colombianos, a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha de pago.

DÉCIMO NOVENO: Declarar que toda reducción en la denominada tarifa básica de transporte como consecuencia de la ejecución del Contrato Operacional para Transporte Privado suscrito entre DRUMMOND LIMITED y FERROVÍAS, tal como quedó luego de su segunda modificación, disminuye el 'monto deducible' y por ende incrementa el valor FOB del carbón en boca de mina, base para liquidación de regalías en el contrato minero 078 de 1988.

VIGÉSIMO: Declarar que como consecuencia de la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, DRUMMOD LIMITED debe incluir a partir de la fecha del laudo arbitral y, en la totalidad de pagos subsiguientes que a título de regalías efectúe a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS y de sus sucesores o cesionarios a cualquier título, hasta la terminación del contrato 078 (incluidas sus prórrogas), como

menor valor del monto deducible y por ende como mayor base para la liquidación de regalías, la disminución que hubiere obtenido en la tarifa básica de transporte que soporta, paga, reconoce o registra contablemente DRUMMOND LIMITED, por cuenta de la ejecución de dicho contrato.

VIGÉSIMO PRIMERO: *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

VIGÉSIMO SEGUNDO: *Ordenar que los pagos mencionados en este laudo se verifiquen dentro de los quince días calendario, siguientes a su ejecutoria.*

VIGÉSIMO TERCERO: *Disponer que los excedentes no utilizados de la partida “protocolización y otros gastos”, si los hubiera, una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos, serán reembolsados en igual proporción a la CONVOCADA y a la CONVOCANTE.*

VIGÉSIMO CUARTO: *Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá D.C. (Fls. 174 A 179, cd. ppal. 5A)*

Mediante auto de 27 de agosto de 2007, el Tribunal, a solicitud de las partes convocante y convocada, aclaró el laudo arbitral con el fin de modificar el numeral Décimo Octavo de la parte resolutive y corregir errores aritméticos; igualmente, de oficio, aclaró el numeral Décimo Sexto, de la parte resolutive. (Fls. 380 a 388, cd. ppal No. 5B)

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda arbitral.

La Empresa MINERCOL LTDA en Liquidación e INGEOMINAS, en escrito presentado el 2 de septiembre de 2005, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación, solicitaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con el fin de que se dirimieran las controversias surgidas del contrato No. 078 de 1998 (Fls. 1 a 44, cd. ppal 1). Posteriormente, en memorial presentado el 3 de marzo de 2006, corrigieron la demanda y solicitaron tener este escrito como reforma integral que subsume la demanda inicial. (Fls. 450 a 503, cd. ppal 2)

Las entidades convocantes solicitaron al Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare que existe, se encuentra vigente y en ejecución

el contrato 078 de 1.988, celebrado mediante escritura pública número 2411 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá, originalmente suscrito entre CARBOCOL, como parte estatal y DRUMMOND LIMITED como parte contratista, contrato este cuyo objeto es la exploración y explotación carbonífera en una zona del Departamento del Cesar, comprendiendo entre otras actividades las de exploración, construcción y montaje para la extracción de mineral, así como la explotación, transporte y comercialización del mismo.

2. Que como consecuencia de negocios jurídicos debidamente probados, MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN fue la sucesora de la parte estatal contratante, beneficiaria de unas regalías y participaciones en las utilidades obtenidas por DRUMMOND LIMITED, conforme lo disponen estipulaciones contractuales debidamente acreditadas.

3. Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, se subrogó en la posición de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN en el contrato 078, razón por la cual aquella entidad es a partir del 29 de Enero de 2.004 la parte estatal contratante en el referido acuerdo, tal como está debidamente probado.

4. Que como consecuencia de la subrogación a que hace referencia la pretensión anterior, el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS es beneficiario desde Enero 29 de 2.004, de unas regalías y participaciones en las utilidades obtenidas por DRUMMOND, conforme lo disponen las estipulaciones contractuales debidamente acreditadas.

5. Que DRUMMOND LIMITED debe cancelar a favor de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN y/o del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS y/o de sus cesionarios o sucesores a cualquier título y, hasta la terminación del contrato 078 o de sus prórrogas, una regalía equivalente al quince por ciento (15%) del valor F.O.B. (franco a bordo) presuntivo en boca de mina del mineral producido.

6. Que entre DRUMMOND LIMITED y la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS (FERROVÍAS) se celebró el denominado Contrato Operacional para Transporte Privado, con fecha 13 de septiembre de 1.991.

7. Que dicho contrato ha sido modificado entre otras ocasiones con fecha 6 de junio de 1.997 y marzo 3 de 1.999, además de las que pudieren resultar probadas en el proceso.

8. Que se declare que existe un vínculo entre ese Contrato Operacional para Transporte Privado (o como quiera que luego pasare a denominarse) y, el contrato 078, en la medida que de aquél Contrato Operacional para Transporte Privado se toma el factor denominado "tarifa básica de transporte", que luego se utiliza con otros elementos para establecer lo que en el contrato 078 se denomina como el "monto deducible"

9. Que se declare que ese "monto deducible" se detrae del valor o

precio FOB T (*Trimmed Free on Board* O franco a bordo trimado o esparcido) a que hace referencia el contrato 078, para establecer el valor FOB en boca de mina, sobre el cual se procede a liquidar las regalías a cargo de DRUMMOND.

10. Que se declare que toda reducción en el costo efectivo del transporte que soporta y/o paga y/o reconoce y/o registra contablemente DRUMMOND LIMITED, por cuenta del Contrato Operación para Transporte Privado, disminuye el "monto deducible" y por ende incrementa el precio FOB del carbón en boca de mina, base para liquidación de regalías.

11. Que se declare que la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, celebrada el día 3 de marzo de 1.999 (debidamente acreditada en el expediente), introdujo a dicho acuerdo ajustes en relación a las garantías sobre volúmenes transportados y otros aspectos atinentes a la fijación del costo efectivo de transporte que DRUMMOND pagará a FERROVIAS y/o a sus cesionarios o sucesores a cualquier título, cuyo efecto práctico es la disminución de la tarifa de transporte a cargo de DRUMMOND.

12. Que se declare que como consecuencia de tal modificación y los ajustes introducidos al Contrato Operacional para Transporte Privado, se dio una reducción en el costo efectivo del transporte que soporta y/o paga y/o reconoce y/o registra contablemente DRUMMOND LIMITED, por cuenta de dicho contrato.

13. Que como consecuencia de esa segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, a partir del 3 de marzo de 1.999 y conforme lo previsto en el contrato 078, DRUMMOND LIMITED ha debido cancelar a favor de la parte estatal contratante un mayor valor de regalías como consecuencia de la disminución en la tarifa básica de transporte, lo que a su vez disminuye el monto deducible, con el consecuente incremento en el valor FOB presuntivo en boca de mina, que constituye la base para liquidar dichas regalías.

14. Que se condene a DRUMMOND LIMITED a pagar, en los términos que señale el laudo arbitral, a favor de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN y hasta la fecha en que esta hubiere cedido y/o subrogado el contrato 078 a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, el monto correspondiente a las regalías que DRUMMOND LIMITED ha dejado de pagar desde el 3 de marzo de 1.999, en el monto correspondiente a los valores facturados para esos efectos por MINERCOL y no pagados por DRUMMOND o, en la cuantía que se demuestre y establezca en este proceso por parte del H. Tribunal.

15. Que se condene a DRUMMOND LIMITED a pagar, en los términos que señale el laudo arbitral, a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, desde la fecha en que este pasó a ser la parte estatal contratante en el contrato 078 y, hasta la fecha del laudo arbitral, el monto correspondiente a las regalías que DRUMMOND LIMITED ha dejado de pagar, en el monto correspondiente a los valores facturados para esos efectos por INGEOMINAS y no pagados por DRUMMOND o, en la cuantía que se

demuestre y establezca en este proceso por parte del H. Tribunal.

16. Que se declare que como consecuencia de la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, DRUMMOD LIMITED debe incluir a partir de la fecha del laudo arbitral y, en la totalidad de pagos subsiguientes que a título de regalías efectúe a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS y/o de sus sucesores o cesionarios a cualquier título, hasta la terminación del contrato 078 (incluidas sus prórrogas) o, hasta el momento en que se verifique modificación a uno de esos acuerdos como menor valor del monto deducible y por ende como mayor base para la liquidación de regalías, la disminución que hubiere obtenido en el costo efectivo del transporte, que soporta y/o paga y/o reconoce y/o registra contablemente DRUMMOND LIMITED, por cuenta de la segunda modificación a dicho contrato.

17. Que se declare que toda modificación futura del Contrato Operacional de Transporte, por virtud de la cual se disminuya o reduzca el costo efectivo del transporte y/o la tarifa básica de transporte a cargo de DRUMMOND LIMITED, implicará una reducción en el monto deducible y por ende la obligatoriedad de reconocer y pagar un mayor valor a título de regalías de conformidad a lo dispuesto en el contrato 078.

18. Que se ordene pagar, además de las regalías constitutivas de las condenas anteriores, los intereses moratorios sobre las mismas, a la máxima tasa permitida por la legislación mercantil (Art. 884 del Código de Comercio), de conformidad a lo previsto en el contrato 078, utilizando para ello la tasa que corresponda legalmente o, en su defecto la que encuentre aplicable el H. Tribunal, hasta el momento en que se realice en forma total el pago de la obligación.

19. Que se condene a DRUMMOD LIMITED a reconocer y pagar a favor de MINERCOL LIMITADA EN LIQUIDACIÓN y, del INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS, las costas del presente proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. **Pretensión Subsidiaria de la pretensión 10 principal:** en caso de no hallar prospera el Tribunal la indicada pretensión principal, solicito en forma subsidiaria se declare que toda reducción en la denominada tarifa básica de transporte como consecuencia de la ejecución del Contrato Operacional para Transporte Privado, disminuye el "monto deducible" y por ende incrementa el valor FOB del carbón en boca de mina, base para liquidación de regalías

2. **Pretensión Subsidiaria de la pretensión 12 principal:** en caso de no hallar prospera el Tribunal la indicada pretensión principal, solicito en forma subsidiaria se declare que como consecuencia de tal modificación y los ajustes introducidos al Contrato Operacional para Transporte Privado, se dio una reducción en la tarifa básica de transporte que soporta y/o paga, y/o reconoce, y/o registra contablemente DRUMMOND LIMITED, por cuenta de dicho contrato.

3. **Pretensión Subsidiaria de la pretensión 17 principal:** Que se

declare que como consecuencia de la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte Privado, DRUMMOD LIMITED debe incluir a partir de la fecha del laudo arbitral y, en la totalidad de pagos subsiguientes que a título de regalías efectúe a favor del INSTITUTOCOLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA, INGEOMINAS y/o de sus sucesores o cesionarios a cualquier título, hasta la terminación del contrato 078 (incluidas sus prórrogas), como menor valor del monto deducible y por ende como mayor base para la liquidación de regalías, la disminución que hubiere obtenido en la tarifa básica de transporte que soporta y/o paga y/o reconoce y/o registra contablemente DRUMMOND LIMITED, por cuenta de la ejecución de dicho contrato.

4. Primera Pretensión Subsidiaria de la pretensión 18 principal: *encaso de no encontrarse aplicable por el H. Tribunal el reconocimiento del interés moratorio a que hace referencia la indicada pretensión principal, se declarará que DRUMMOND LIMITED tiene la obligación de cancelar el mayor valor de regalías que se reclama en este proceso, adicionado con los intereses moratorios liquidados de conformidad a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, por tratarse de contrato estatal y/o, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 24.4. del contrato, según estime aplicable el H. Tribunal.*

5. Segunda Pretensión Subsidiaria de la pretensión 18 principal: *en caso de no encontrarse aplicable por el H. Tribunal el reconocimiento del interés moratorio a que hace referencia la primera pretensión subsidiaria a la pretensión 18 principal, se declarará que DRUMMOND LIMITED tiene la obligación de cancelar el mayor valor de regalías que se reclama en este proceso, debidamente actualizado de conformidad al índice de Precios al Consumidor que se acredite para el período pertinente o con cualquier otro índice que corresponda legalmente o que encuentre aplicable el H. Tribunal. (fls. 451 a 455, cd. ppal. 1)*

2. Los hechos.

Como fundamento de sus pretensiones las convocantes narraron los siguientes hechos:

1. Entre Carbones de Colombia S.A., CARBOCOL y DRUMMOND LIMITED se celebró el contrato No. 078 de 23 de agosto de 1988;³ el objeto del contrato es la explotación carbonífera en una zona del Departamento del Cesar, que comprende actividades de exploración, construcción y montaje para la extracción de mineral, así como la explotación, transporte y comercialización del mismo; su plazo se pactó en 30 años.

³ El texto básico del contrato está contenido en la escritura pública No. 2411 otorgada ante la Notaría 20 del Círculo de Bogotá, el 23 de agosto de 1988.

2. Entre las obligaciones de DRUMMOND se estipuló el pago de una regalía equivalente al 15% del “*precio FOB presuntivo en boca de mina*” por cada tonelada de carbón y en la cláusula 23.3.1 del contrato se estableció que para efecto del pago de la regalía, el “*precio FOB presuntivo en boca de mina*” significaría el precio de venta promedio FOB T, promedio ponderado, por tonelada en dólares americanos y en puerto colombiano, para todas las toneladas de carbón del proyecto “*El Cerrejón Norte*” vendidas en el respectivo mes, menos el “*flete presunto*” por tonelada del proyecto desde la boca de mina hasta el puerto.
3. El “*flete presunto*” se definió en la cláusula 23.2.2 como un costo asociado al esquema de transporte desde la mina hasta el sitio de embarque del carbón para exportación, de tal suerte que a menor valor del flete presunto, se daría un incremento, en la misma proporción, en la base para liquidar la regalía, concepto que fue sustituido por el de “*monto deducible*” pero conservó la misma función en la determinación del valor de base para liquidar las regalías y, por ende, su pago. En el contrato se pactó que al variarse el sistema de transporte, tendría que revisarse el flete presunto.
4. DRUMMOND y la Empresa Colombiana de Vías Férreas -FERROVIAS-⁴, celebraron un contrato operacional para transporte privado férreo (COTP) cuyo objeto era el transporte del carbón extraído por DRUMMOND, desde la mina hasta el puerto de embarque, negocio jurídico que tuvo dos modificaciones, concretamente en lo pertinente a la tarifa básica del transporte⁵ que se estableció como variable en función de los volúmenes transportados.
5. Las modificaciones introducidas al contrato de transporte, consistieron en la variación de la tarifa básica de transporte que FERROVÍAS cobraba a DRUMMOND, cuyo efecto directo significó la disminución del monto deducible y, por ende, se incrementó la base de liquidación de las regalías fijadas en el contrato 078.

⁴ Contrato que obra en la Escritura Pública No. 4476, otorgada ante la Notaría 23 del Círculo de Bogotá.

⁵ Señala la convocante que en los anexos D y E del contrato se consignaron los componentes que permiten establecer la tarifa básica de transporte y es en relación con el Anexo E que se celebraron los acuerdos modificatorios.

6. La primera modificación generó controversia por los efectos que la nueva tarifa tenía en el pago de las regalías pactadas en el contrato 078; pero las diferencias fueron dirimidas por un Tribunal de Arbitramento. Como consecuencia de la segunda modificación al contrato de transporte, DRUMMOND adeuda a partir del 3 de marzo de 1999, el pago del mayor valor de las regalías con los correspondientes intereses moratorios, valores que MINERCOL e INGEOMINAS vienen cobrando a DRUMMOND dentro de la facturación ordinaria, sin que hasta la fecha los haya cancelado.
7. El contrato 078 fue modificado en su cláusula 23.3.2⁶, el 18 de agosto de 1993, con el fin de reemplazar el sistema de transporte del carbón, entre la mina y el puerto de exportación, momento a partir del cual se utilizaría el transporte férreo; en la misma fecha se pactó en el contrato⁷ que la firma American Port Company, sociedad subordinada de DRUMMOND sería la encargada del embarque del carbón en el puerto.
8. Según la modificación⁸ introducida por escritura pública a la cláusula 23.3.2 del contrato 078, en caso de reducirse la tarifa básica por tonelada que FERROVIAS cobra a DRUMMOND, se reduciría igualmente el monto deducible, dando lugar a un mayor valor en el pago por regalías. En la misma escritura se modificó la cláusula 4.19, que definió el concepto de “*boca de mina*” el cual incidió en el cálculo del monto deducible.
9. El 6 de junio de 1997, DRUMMON Y FERROVIAS modificaron⁹ por primera vez el contrato operacional de transporte, a través de la cual se fijaron nuevos valores para la tarifa básica de transporte por tonelada y se modificaron las fórmulas para calcular el denominado ajuste trimestral escalado, lo cual redujo efectivamente la tarifa básica de transporte cuyo efecto es un incremento en la base de liquidación de las regalías.
10. ECOCARBON fue cesionaria de los derechos de CARBOCOL en el contrato 078, según Resolución No. 601078 de diciembre de 1993, expedida por el Ministerio de Minas y Energía. Por Decreto 1679 de 27 de junio de 1997, se

⁶ La modificación se hizo en escritura pública No. 4142 de 18 de agosto de 1993, otorgada en la Notaría 20 del Círculo de Bogotá.

⁷ Modificación formalizada por escritura pública No. 4143 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá.

⁸ Modificación introducida por escritura pública No. 2890 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá.

⁹ La modificación fue protocolizada por escritura pública No. 4875 de 17 de septiembre de 1997, otorgada en la Notaría 23 del Círculo de Bogotá.

fusionaron las sociedades MINERALCO S.A. y ECOCARBON¹⁰, fusión que dio lugar a la creación de MINERCOL.

11. En una segunda modificación al contrato celebrado entre DRUMMOND Y FERROVIAS se acordó un sistema flexible o dinámico de fijación del costo de transporte a cargo de DRUMMOND, empresa que ha pretendido desconocer las obligaciones a su cargo con el argumento de que la tarifa básica no se afectó por razón de las modificaciones y, por lo tanto, no se redujo el monto deducible, ni se incrementó la base para el cobro de las regalías, circunstancias que dieron lugar al litigio.
12. El Estado Colombiano ha intentado infructuosamente, desde el año 2000, llegar a un acuerdo con DRUMMOND con el fin de encontrar una fórmula en cuanto al precio de referencia definitivo de FOB T, que debe ser utilizado y que permita llegar al precio en boca de mina, no obstante, la contratista ha dilatado su solución en razón de que los precios que ella reporta en forma provisional para establecer el precio FOB T, son los utilizados en operaciones entre vinculadas pero que no corresponden a los precios del mercado ni se ciñen a los parámetros del denominado "*principio del brazo largo*" de aplicación internacional.
13. Después de decidida la controversia sometida a Tribunal de Arbitramento -en relación con la primera modificación del contrato de transporte, providencia en la cual se atendieron favorablemente las pretensiones de MINERCOL pero nada se dijo en relación con la segunda modificación del referido contrato-, MINERCOL solicitó a DRUMMOND realizar el pago faltante de las regalías adicionales derivado de la segunda modificación del contrato operacional de transporte privado; DRUMMOND en respuesta contenida en la comunicación DRE 2866-03, sostuvo que la segunda modificación no tiene efecto alguno sobre el monto deducible y, por ende, en el valor base para la liquidación y pago de las regalías, posición que ha mantenido hasta la presente para no efectuar el pago del mayor valor por concepto de las regalías.
14. Por Decreto 252 de 28 de enero de 2004, se reestructuró INGEOMINAS y en la misma fecha por Decreto 254 se ordenó la supresión, disolución y

¹⁰ La fusión se protocolizó por escritura pública No. 4005 de 23 de diciembre de 1998, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá.

liquidación de MINERCOL Ltda., entidad que debía entregar a INGEOMINAS, los contratos y convenios que hubiere suscrito; para este efecto, las dos entidades suscribieron un acta de entrega y recibo de los títulos mineros y documentos relacionados con la gestión minera. Desde entonces INGEOMINAS sustituyó a MINERCOL, pero ésta última entidad deberá continuar realizando todas las acciones de recaudo relacionadas con procesos judiciales y reclamaciones extrajudiciales que se encontraban en curso a la fecha de expedición del Decreto 254 de 2004, actividad que ha venido cumpliendo ante DRUMMOND con la presentación de facturas por los valores insolutos correspondientes a las regalías y sus correspondientes reajustes. (Fls. 457 a 468, cd. ppal.2)

3. El compromiso.

En el contrato 078 de 1988, las partes no pactaron cláusula compromisoria, pero en aplicación de la cláusula 34.1 del contrato, MINERCOL Y DRUMMOND suscribieron el 18 de mayo de 1999, el documento que denominaron “*compromiso o pacto arbitral*” con el fin de someter a un Tribunal de Arbitramento, la solución de las diferencias suscitadas entre ellas, luego de haber intentado un arreglo directo. En el citado pacto determinaron que el Tribunal estaría constituido por tres abogados que fallarían en derecho, la sede sería la ciudad de Bogotá y el término de su duración seis (6) meses.

Las partes delimitaron, en la cláusula cuarta del pacto arbitral, la competencia del Tribunal de Arbitramento, cuyo texto original es el siguiente:

“CUARTA. La materia arbitrable estará constituida por los siguientes temas: Minercol Limitada (antes Ecocarbon Ltda.) sostiene que por razón de un contrato suscrito entre Drummond Limited y la Empresa Colombiana de Vías Férreas -FERROVIAS- ha sido modificada la tarifa básica por tonelada.

Como consecuencia de lo anterior, debe Drummond Limited pagar a Minercol limitada (antes Ecocarbón Limitada) el mayor valor de las regalías pactadas contractualmente, a partir del momento en que facturó y cobró esta modificación de la tarifa básica por toneladas y así sucesivamente mientras que ese y los demás factores de cuantificación de las regalías no se vuelvan a modificar y hasta la conclusión o terminación del contrato. Estos pagos deben hacerse con los accesorios que prevé el mismo contrato para el caso de mora, a las tasas allí mismo pactadas.

Drummond Limited, por su parte, sostiene que la tarifa básica por tonelada aplicada por Drummond Limited a la liquidación de las regalías

de acuerdo con la cláusula Vigésimatercera del contrato No. 078 de 1988 ha sido y es la correcta, de acuerdo con dicho contrato y con el contrato operacional entre Ferrovías y Drummond Limited.

Por lo anterior, Drummond Limited nada ha debido ni debe a Minercol Limitada (antes Ecocarbón Limitada) con fundamento en un supuesto mayor valor de las regalías pactadas contractualmente, de acuerdo con la cláusula Vigésimatercera del contrato No. 078 de 1988.” (Fls 2 a 3, cd. pbas 1)

Posteriormente, las partes convinieron de común acuerdo, en la audiencia de conciliación de 22 de junio de 2000, celebrada dentro del proceso arbitral que fue decidido mediante el laudo de 20 de septiembre de 2001, modificar el texto del primer párrafo de la cláusula cuarta, cuyo contenido es el siguiente:

“PRIMERO: Las partes convienen modificar, para mayor claridad el párrafo primero de la cláusula cuarta del pacto arbitral que quedará de la siguiente manera: La materia arbitrable estará constituida por los siguientes temas:

Minercol Ltda. (antes Ecocarbon Ltda., antes Carbones de Colombia S.A.- Carbocol) sostiene que la tarifa básica por tonelada contemplada en el contrato No. 078 de 1988 suscrito entre Minercol Ltda.(antes Ecocarbón Ltda., antes Carbones de Colombia S.A.- Carbocol) y DRUMMOND Limited y sus posteriores modificaciones, ha sido modificada como consecuencia de las dos modificaciones introducidas al contrato operacional suscrito entre Drummond limited y la Empresa Colombiana de Vías Férreas- Ferrovías, mediante Escritura Pública No. 4476 de 13 de septiembre de 1991 de la Notaría 23 de Bogotá, cuya primera modificación está contenida en documento suscrito el 6 de junio de 1997 que fue protocolizado en la escritura pública No. 4857 del 17 de septiembre de 1997 de la Notaría 23 de Bogotá, y cuya segunda modificación está contenida en el documento suscrito en fecha 3 de marzo de 1999.” (Fls. 353 a 354 y 416, cd. ppal 1)

4. Integración del Tribunal.

La audiencia de instalación del Tribunal se cumplió el 4 de octubre de 2005; se designó al Secretario y se procedió a reconocer personería a los apoderados de las partes. En la misma audiencia se admitió la demanda, se ordenó su notificación y traslado. (Fls. 205 a 207, cd. ppal 1).

5. La oposición.

La convocada, DRUMMOND LIMITED, en escrito presentado el 19 de octubre de 2005, contestó la demanda; se opuso a las pretensiones que fueron formuladas y

propuso como excepciones las que denominó: “*Indebida designación del Tribunal*”, “*Falta de competencia general*” y “*Falta de competencia particular*”.

En cuanto a los hechos de la demanda admitió como ciertos algunos de ellos, negó otros y se atuvo a lo probado respecto de varios de ellos. (Fls. 216 a 315, cd. ppal. No. 1).

Igualmente, formuló demanda de reconvención en contra de Minercol Ltda., en liquidación e INGEOMINAS, la cual fue rechazada por el Tribunal según lo ordenado en auto No. 6 de 18 de noviembre de 2005 (Fl. 355, cd. ppal 1) y confirmado por auto No. 7 de la misma fecha. (fls. 361, cd. ppal 1)

6. La competencia del Tribunal.

La primera audiencia de trámite fue celebrada el 28 de febrero de 2006. El Tribunal de Arbitramento, después de leído el documento de “*compromiso o pacto arbitral*”, el acta de la audiencia de conciliación, las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, se declaró competente para conocer del proceso arbitral y decidir en derecho todas las controversias de contenido económico por ser susceptibles de transacción, porque las partes tenían plena capacidad y se había atendido la totalidad del procedimiento previsto en la ley.(fls. 412 a 435, cd. ppal 1).

7. El laudo Arbitral recurrido.

Surtidos los trámites prearbitral y arbitral, el 8 de agosto de 2007, se llevó a cabo la audiencia para dictar el fallo por parte del Tribunal de Arbitramento; el laudo se dictó en derecho, según la voluntad manifestada por las partes en el compromiso. Los argumentos del laudo dictado por los árbitros se sintetizan de la siguiente manera:

1. Como punto de partida el Tribunal hizo un análisis sobre la relación entre el laudo arbitral dictado el 20 de septiembre de 2001 y el proceso sometido a su conocimiento.
 - Analizó el Tribunal si el hecho de que la parte convocante hubiere omitido incluir, en el proceso arbitral del 2001, aspectos que tenían que ver con la

segunda modificación introducida al contrato de transporte operacional suscrito entre Drummond y Ferrovial impedía plantearlos ahora como parte de la controversia que correspondía dirimir a los árbitros.

Sobre este aspecto, llegó a la conclusión de que el hecho de que la convocante no hubiere incluido las pretensiones de la segunda modificación, en el primer proceso arbitral adelantado, en manera alguna podía entenderse como una renuncia tácita de ellas, toda vez que cualquier renuncia o disposición de derechos litigiosos debía ser expresa e inequívoca y en el caso de desistimiento, requería de la aprobación del juez. (Fls. 36 a 39, cd. ppal. 5A)

- El segundo aspecto tiene que ver con el alcance del laudo arbitral de 20 de septiembre de 2001, a la luz del acuerdo conciliatorio, toda vez que se aduce que varios de los temas objeto de la controversia actual ya fueron decididos en esa oportunidad y, por lo tanto, hicieron tránsito a cosa juzgada.

Sobre el particular, el Tribunal advirtió que la materia objeto de la litis, en ese entonces, no versó sobre los efectos producidos por la segunda modificación al contrato operacional de transporte; no obstante tal situación, concluyó que en el laudo de 2001, se encontraban consideraciones y decisiones que coincidían con peticiones y hechos sobre los cuales versaba la litis y cuyo pronunciamiento demandan las partes.

Seguidamente con el fin de determinar el ámbito de su competencia procedió a analizar el alcance del compromiso en sus distintas etapas acudiendo al texto inicial del 18 de mayo de 1999 y a la modificación contenida en el acuerdo de 22 de junio de 2000 y señaló que el análisis del acuerdo de compromiso que sirvió de fundamento tanto al primer Tribunal como al actual, muestra que el conflicto cuya solución buscaron las partes a través de la vía arbitral, supone determinar el real contenido de la expresión “*tarifa básica por tonelada*” en el contrato minero No 078 de 1998, particularmente en su cláusula 23, para luego analizar el efecto que sobre ella tuvieron la primera y la segunda modificaciones al contrato operativo de transporte (COPT) celebrado entre DRUMMOND y FERROVIAS en 1991.

Consideró que la interpretación dada en el laudo de 2001 a la expresión “*tarifa básica*”, por tonelada que resulta aplicable dentro del concepto de monto deducible para la liquidación de las regalías había hecho tránsito a cosa juzgada, por existir simultáneamente unidad de objeto y causa, razón por la cual tenía efectos vinculantes para la solución del actual conflicto y precisó que el contenido de la tarifa básica por tonelada que sirve para el cálculo del monto deducible en el contrato minero, está dado por la noción contenida en el contrato operativo de transporte.

Finalmente concluyó que la noción de costo efectivo de transporte solo podía ser considerada como elemento para el cálculo de regalías en el asunto sometido a su conocimiento si se llegara a determinar que éste hace parte de la “*tarifa básica por tonelada*” a que se refiere el (COPT) tal y como quedó integrado por razón de la segunda modificación, sobre la cual afirma que no se ha operado el fenómeno de la cosa juzgada y, por lo tanto, será materia de decisión. (fls. 39 a 52, cd. ppal. 5A)

- En cuanto a la segunda modificación del contrato operacional de transporte privado frente a la cosa juzgada, precisó que ella introduce obligaciones nuevas con objetos nuevos no previstos en el contrato original ni en la primera modificación. Igualmente enfatizó sobre las modificaciones que las partes introdujeron al numeral 2.3. del Anexo E en cuanto al concepto de “*tarifa básica por tonelada*”.

Concluyó que el objeto de las dos convenciones modificatorias del COPT es diferente, y, en consecuencia, de las pretensiones y excepciones propuestas en el proceso, no puede predicarse la existencia de cosa juzgada que impida el pronunciamiento del Tribunal. (Fls. 52 a 63 cd. ppal. 5A)

2. El Tribunal destacó la vinculación entre el contrato minero No. 078 y el contrato operacional de transporte privado (COPT), tomando como fundamento el compromiso suscrito por las partes y el contrato minero, concretamente su cláusula 23.3.2. Destacó que las contratantes habían manifestado su voluntad de que parte del contenido obligacional del contrato minero se rigiera por las reglas de otro contrato en el cual MINERCOL e INGEOMINAS no son parte y señaló como fundamento legal los artículos 1602 del C.C. y 871 del C.Co.

Precisó el Tribunal que entre los dos contratos hay una vinculación funcional económica y genética según la cual el transporte por la vía férrea resulta necesario para el cometido de DRUMMOND, en el contrato minero, consistente en lograr una mayor exportación de carbón con un precio más competitivo. Dicha condición de contratos vinculados tiene algunos efectos importantes, entre ellos el ser interpretados en función de la operación económica que persiguen y concluyó que el Tribunal tiene facultad legal para valerse de la estipulación pactada en el COTP como referencia o función para determinar la remuneración en el contrato minero. (Fls. 63 a 73, cd. Ppal. 5A)

3. En cuanto a la tarifa básica por tonelada, determinante en la decisión, señaló que el marco en que se ubica este concepto consiste en que el valor de las regalías es el resultado de restar al valor FOBT de las toneladas exportadas, el monto deducible parcial y el valor de la tarifa básica por tonelada, concepto que había sido definido en el contrato minero, el cual tuvo modificaciones en su cláusula 23 y concretamente en lo pertinente al cálculo de las regalías establecidas en la cláusula 23.3.

Hizo mención al impacto que tuvo, en el contrato minero, la segunda modificación efectuada al COTP, concretamente en el monto deducible, al introducir el concepto de tarifa ferrocarril, con lo cual debía establecerse el alcance que tendría el numeral 2.3. (Anexo E) de la segunda modificación del COPT que definió el concepto de tarifa básica por tonelada.

Concluyó que el contrato minero tenía como unidad base para la liquidación de las regalías, la tonelada de carbón y que la noción de “Tarifa Básica por Tonelada” estaba referida a esta unidad y por consiguiente el valor FOB en boca de mina se predicaba de una tonelada de carbón.

Igualmente precisó que las variaciones en la tarifa básica por cada tonelada no necesariamente implicaban una reducción en el monto deducible de que trata a cláusula 23.3.2 del contrato minero y por el contrario en aquellos casos en que se hacen efectivos los ajustes por garantía previstos en COTP, el monto deducible y, por ende, la regalía permanece inalterada y, en consecuencia, los efectos de la aplicación de la segunda modificación no se traducen en una

modificación permanente de la Tarifa Básica de Transporte. (Fls. 73 a 77 cd. ppal. 5A)

4. En cuanto a las garantías de transporte mínimo, que como lo alegó la convocada se dieron a favor de Ferrovías, señaló que tal argumento no tenía sustento dada la naturaleza del contrato y teniendo en cuenta que según las dos modificaciones que tuvo el COTP, la unidad para fijar el valor fue el de la tonelada transportada, el cual resultaba de una combinación de circunstancias que podían o no darse en función de toneladas máximas o mínimas transportadas y para lo cual se adoptó una tabla.

Concluyó que la tarifa básica de transporte que rige el contrato a partir de la fecha de la segunda modificación, es el valor determinable que surge de aplicar, al número de toneladas transportadas en ese período, las reglas de las tablas 2 y 3 de la segunda modificación. (Fls. 77 a 87, cd. ppal. 5A)

5. Afirmó el Tribunal que existía una obligación que fue incumplida por las siguientes razones: i) según el contrato minero 078 de 1988, las regalías que debe DRUMMOND a partir de la segunda modificación del COTP, debieron ser liquidadas según lo prescrito por la cláusula 23.3 del contrato minero, incluyendo dentro del monto deducible la tarifa básica por tonelada prevista en el COTP, según la definición contenida en el numeral 2.3; ii) se probó en el proceso que DRUMMOND liquidó las sumas debidas por concepto de regalías sin tener en cuenta los ajustes por garantía y volúmenes de la tabla 3 del anexo E del COTP. El resultado de esta forma de liquidación fue un pago menor al que ha debido pagar, tal como quedó consignado en el dictamen pericial; iii) el incumplimiento se configuró al momento de cada embarque de carbón cuando se consolidaba la regalía. (fl. 87 a 98, cd. ppal. 5A)
6. El Tribunal procedió seguidamente a despachar cada una de las pretensiones formuladas (Fls. 98 a 136, cd. ppal 5A); igualmente se pronunció sobre las excepciones propuestas por la convocada ((Fls. 136 a 150 cd. ppal 5A) y resolvió las objeciones que, por error grave, se formularon al dictamen pericial. (fls. 150 a 173 cd. ppal 5A)

El laudo arbitral fue complementado mediante auto del 27 de agosto de 2007 para corregir errores aritméticos alegados por la parte convocada, lo cual dio lugar a la

modificación de los numerales Décimo quinto y Décimo séptimo de la parte resolutive del mismo. Igualmente, el Tribunal, de oficio, aclaró el numeral Décimo Sexto de la parte resolutive del laudo y accedió a la solicitud de aclaración formulada por la parte convocante en relación con el numeral Décimo Octavo de la parte resolutive del mismo. (Fls. 380 a 388, cd. ppal. 5B)

8. El recurso de anulación.

El apoderado de la parte convocada, dentro del término que establece la ley, interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral dictado el 8 de agosto de 2007 y complementado por auto de 27 de agosto del mismo año (Fls 610 a 612, cd. Ppal), el cual fue remitido al Consejo de Estado el 5 de septiembre de 2007 (Fls. 624 a 626, cd. ppal).

Esta Corporación, mediante auto de 7 de febrero de 2008, avocó su conocimiento, ordenó dar traslado al recurrente para que procediera a sustentarlo y a la otra parte para que presentara sus alegatos de conclusión. El traslado se hizo en forma sucesiva por la Secretaría de la Sección Tercera: a la parte convocada entre los días 20 a 26 de febrero de 2008 y a la convocante entre el 27 de febrero y el 4 de marzo siguiente, tal como se hizo constar en la nota secretarial del 27 de marzo de 2008 (fl. 811, cd. ppal. C. Edo.)

Igualmente, a solicitud del recurrente, se ordenó la suspensión de los efectos del laudo, previa constitución de la caución, que se fijó en el monto de \$6.356'992.683,55. (Fls. 634 a 637 cd. ppal. C. Estado), auto que quedó ejecutoriado el 22 de febrero de 2008, según certificación de la Secretaría de la Sección. (fl. 856, cd. ppal. C. Edo.)

Una vez constituida y presentada la caución, mediante auto de 4 de abril de 2008, ésta fue aceptada (fls. 852 a 854, cd. ppal), providencia que quedó ejecutoriada el 25 de abril de 2008 (fls. 857, cd. ppal, C. Edo.) al no haber sido recurrida, momento a partir del cual se produjo la suspensión de los efectos del laudo.

Mediante memorial presentado el 25 de febrero de 2008, el apoderado de la parte convocada sustentó el recurso; en la parte inicial de su escrito hizo algunas consideraciones sobre el contrato minero y el de transporte celebrados por la DRUMMOND, como también sobre los procesos arbitrales adelantados para

dirimir las controversias surgidas del contrato minero 078; seguidamente procedió a exponer cada una de las causales invocadas. (Fls. 638 a 726, cd. ppal. C. Edo.)

Causales invocadas.

- 1. “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de árbitros o haberse concedido mas de lo pedido” (Artículo 72 numeral 4º de la Ley 80 de 1993).**

La empresa recurrente invocó como causal de anulación del laudo arbitral, la contenida en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilada por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, referida a: “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”

Con fundamento en la causal antes citada, formuló cuatro cargos contra el laudo, tres de ellos corresponden a la primera parte de la causal “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de árbitros*” los cuales concretó de la siguiente manera; i) Falta de competencia del Tribunal (1er cargo); ii) Tribunal designado por quien no tenía competencia para ello (2º cargo); iii) Las pretensiones de INGEOMINAS no estaban sujetas a decisión de árbitros (3er cargo). El último de los cargos referido a la parte final de la causal “*haberse concedido más de lo pedido*” el cual sustentó en que el laudo se fundó en una causa distinta y opuesta a la planteada en la demanda (5º cargo).

1.1 Falta de competencia del Tribunal.

Adujo que el contrato de compromiso, según la reforma efectuada por las partes en el año 2000, tenía el carácter de acuerdo excepcional, con el fin someter a decisión de la justicia arbitral las controversias surgidas con ocasión de los efectos que tuvieron, en el contrato minero, dos de las modificaciones introducidas al contrato operativo de Transporte privado en relación con las regalías, de tal suerte, que terminado el trámite arbitral con la expedición del laudo de 2001 quedaban agotados los efectos del contrato de compromiso y, por lo tanto, cualquier diferencia que no hubiere sido resuelta debía someterse al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Consideró que por la naturaleza excepcional que caracterizaba el arbitramento y el contrato de compromiso, lo plasmado en él y en el acta de conciliación en el año 2000, solo podía convocarse un tribunal de arbitramento y no un número indeterminado de Tribunales, en un plazo indefinido y, por tal razón, si MINERCOL se abstuvo de poner en conocimiento del Tribunal convocado en el año 2000, pretensiones relativas a los efectos de la segunda modificación del COTP y por eso no hubo pronunciamiento alguno sobre este aspecto, no podía años después, invocando el mismo contrato de compromiso y la misma conciliación, convocar otro Tribunal de arbitramento para debatir los efectos de la segunda modificación al COTP.

Afirmó que el Tribunal con un examen incompleto del asunto, asumió competencia sin tener en cuenta que la materia arbitrable recayó sobre puntos que las partes no incluyeron en el contrato de compromiso (Fls. 647 a 659, cd. ppal. C. Edo.)

1.2 Falta de competencia del Tribunal por haber sido designado por quien no tenía competencia.

El recurrente formuló este segundo cargo en subsidio del anterior bajo el supuesto de que se admitiera que el contrato de compromiso y la conciliación permitían dividir la materia arbitral para someter a un tribunal de arbitramento distinto del que dictó el laudo en el año 2001; sostuvo que en todo caso los miembros de ese nuevo tribunal no fueron designados por quien tenía facultad para hacerlo, ni se aplicó el sistema autorizado, de tal suerte que el Tribunal que dictó el laudo que se acusa no quedó debidamente integrado y, en consecuencia, el procedimiento arbitral y el laudo son nulos.

Como fundamento de este cargo sostuvo que el arbitramento surgido del contrato de compromiso era un arbitramento legal y no institucional, puesto que las partes no se refirieron al reglamento del Centro de Arbitraje ni permitieron que el director se remitiera a él, es decir, que las partes solo dieron habilitación expresa al Director del Centro para designar los árbitros y en consecuencia, éste no podía invitar a un tercero para hacer la designación, mucho menos a través de un sorteo.

Seguidamente afirmó que el director podía cumplir su encargo a través de cualquier medio, siempre que lo cumpliera él mismo, lo que no podía era invocar unos reglamentos de los que las partes no habían hecho mención y delegar su habilitación para elegir en otras personas. Mucho menos podía permitir que fuera

la suerte la que decidiera la integración del Tribunal, puesto que en el contrato de compromiso la facultad para designar el Tribunal correspondía a las partes y en defecto de acuerdo al Director del centro, nunca a otros funcionarios del mismo centro y menos por sorteo. (Fls. 659 a 663, cd. ppal. C. Edo.)

1.3 Falta de competencia del Tribunal porque las pretensiones de INGEOMINAS no estaban sujetas a la decisión de los Árbitros.

Precisó que este tercer cargo se presentaba en subsidio de los dos primeros.

Como fundamento del mismo adujo que INGEOMINAS no era parte del contrato de compromiso ni de la conciliación y que nunca el citado contrato se le había cedido, razón por la cual el Tribunal no tenía competencia para decidir las pretensiones formuladas por esta entidad, concretamente las pretensiones 4, 5, 15, 16 y 19 y la subsidiaria de la 17 principal.

Adicionalmente, señaló que no existía prueba alguna demostrativa de que MINERCOL tuviese el propósito expreso de ceder o subrogar el contrato de compromiso a INGEOMINAS en los términos previstos en la ley comercial a la cual estaba obligada por mandato del Parágrafo 2º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998.

Además afirmó que la cesión del contrato de compromiso no era posible puesto que Minercol solo podía ceder los contratos que había celebrado por delegación del Ministerio de Minas, los demás debían permanecer en la liquidación y como la celebración del contrato de compromiso no se originó en la delegación del Ministerio de Minas, tampoco podía transferirse a INGEOMINAS.

Señaló que en el contrato de compromiso MINERCOL no dijo obrar como delegataria del Ministerio de Minas y tampoco lo hizo en la conciliación, pero aún admitiendo que el contrato de compromiso se celebró por delegación ello debió probarse con la presentación del texto del convenio que exige el artículo 14 de la Ley 489 de 1998, o las resoluciones contentivas de la delegación.

Destacó que no había duda de que INGEOMINAS tomó el lugar de MINERCOL en el contrato minero pero que era necesario que cediera, por aparte, el contrato de

compromiso en términos del artículo 2º del Decreto 254 de 2004 que obligaba a aplicar las reglas del Código de Comercio.

Con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en relación con la autonomía de la cláusula compromisoria, sostuvo que el contrato de compromiso no era accesorio del contrato minero, sino principal y por esta razón la cesión del contrato minero no implicaba automáticamente la cesión del contrato de compromiso. (fls. 663 a 672, cd. Ppal)

1.4 “El laudo concedió mas de lo pedido por los actores: se fundó en una causa distinta y opuesta a la planteada en la demanda.”

Como quinto cargo la recurrente invocó la causal contenida en el numeral 4º de la Ley 80 de 1993, in fine “*haberse concedido más de lo pedido*”

Precisó que la causa de las pretensiones de la demanda, tenían como propósito obtener la declaratoria de que por la reducción en el costo efectivo del transporte, determinante de la tarifa básica por tonelada, hubo una reducción en el “*costo deducible*” del contrato minero y, por lo tanto, un aumento en la base para calcular las regalías, pero que en ninguna parte de la demanda los actores explicaron que la supuesta reducción en la tarifa básica por tonelada pudiera tener causa u origen distinto de la reducción en el “*costo efectivo del transporte.*”

Pero que el Tribunal al hacer sus declaraciones se fundó en una causa que no fue propuesta por los demandantes al haber tenido como fundamento para su decisión la alusión que hace la cláusula 2.3. (Anexo E) del contrato operacional de transporte privado, a las tablas 2 y 3 como integrante de la tarifa básica por tonelada, y en particular a la creación de la tabla 3 con “ajustes por garantía de volumen” y de esta manera determinó que en ciertas condiciones podía haber una reducción en la *tarifa básica por tonelada*, pero que esta no fue la causa en la cual los demandantes fundaron sus pretensiones.

Consideró que la causa que el Tribunal acogió fue completamente opuesta a la invocada por los demandantes pues tomó como “*concepto de tarifa básica por tonelada*” la contenida en la cláusula 2.3 del contrato de transporte, correspondiente a la segunda modificación, según se observa en el numeral 5.3 y páginas 75 y 76 del laudo; es decir, el Tribunal entendió que la segunda

modificación del contrato de transporte sí había generado reducciones en la “*tarifa básica por tonelada*” al haber incluido dentro de este concepto, los efectos de la tabla 3, sobre ajustes por garantía y volumen, distinta a la causa invocada por los actores. (Fls. 692 a 700, cd. ppal. C. Estado)

2. El laudo en el ordinal duodécimo de la parte resolutive, contiene disposiciones contradictorias “No puede aceptarse un efecto si se rechaza la única causa que la demanda le atribuye” (Artículo 72, numeral 3º de la Ley 80 de 1993).

La segunda causal invocada por el recurrente, se encuentra contenida en el numeral 3º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado por el numeral 3º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, por “*contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.*”

Como sustento del cargo, señaló que el Tribunal al rechazar la pretensión 10, explicó que el concepto “*costo efectivo de transporte*” era un concepto “*metacontractual*” que no podía usarse para hacer declaraciones sobre reducciones en el monto deducible o sobre aumento de las regalías y, en consecuencia, tenía que rechazar todas las pretensiones sustentadas en dicho concepto y así lo hizo salvo una excepción, al acoger en el ordinal duodécimo del laudo, la pretensión 11 de la demanda, en la cual la parte actora sostenía que la reducción en el costo efectivo del transporte era causa de una reducción de la tarifa básica por tonelada.

Agregó que esta decisión del Tribunal contradijo el análisis hecho en la parte motiva del laudo acerca del concepto de “*costo efectivo de transporte*” y las demás partes del laudo en donde el Tribunal rechazó todas las pretensiones fundadas en este mismo concepto y con el fin de evitar la contradicción afirmó que las referencias al “*costo efectivo de transporte*” que contenía la pretensión 11, eran “*marginales*”, declaración que no es suficiente para salvar la contradicción en que incurrió el laudo porque en derecho la naturaleza de las cosas no cambia por el nombre que se les de.

Manifestó que el concepto de “*costo efectivo de transporte*” era el núcleo de la demanda en cuanto que la disminución de éste, era determinante en la tarifa

básica por tonelada, lo cual reducía el monto deducible del contrato minero cuyo efecto era el aumento de la base para calcular las regalías.

Señaló que en el Tribunal había declarado que el concepto de “*costo efectivo de transporte*” era ajeno al contrato por cuanto no estaba dentro de sus posibilidades técnicas y probatorias indicar que el monto deducible era igual a costo efectivo de transporte, de tal suerte que como la pretensión 11 estaba construida alrededor del concepto de “*costo efectivo de transporte*” no podía despacharse favorablemente después de haberse rechazado dicho concepto.

Como consecuencia de las presuntas contradicciones que presentaba el laudo, la recurrente sostuvo que resultaba imposible cumplirlo por cuanto si las partes querían acatar una de sus decisiones resultarían, por razón de la contradicción, desacatando otra o sacrificando los derechos que otra les concede. (Fls. 672 a 692, cd. ppal. C. Estado)

3. “El laudo no decidió cuestiones sujetas al arbitramento” (Art. 72, numeral 5, de la Ley 80 de 1993).

Con fundamento en esta causal el recurrente formuló cuatro cargos que acusan al laudo de no haber decidido sobre: i) la demanda de reconvención; ii) la solicitud de aclaraciones; iii) el argumento sobre la conducta de las partes frente a los factores reductores y iv) la pruebas nuevas relativas a la competencia del Tribunal.

3.1 El laudo no decidió sobre la demanda de reconvención.

El fundamento del cargo tiene que ver con el rechazo que el Tribunal hizo de la demanda de reconvención la cual tenía como asunto principal, no la competencia del tribunal, sino concretamente, el incumplimiento del contrato de compromiso según el cual las partes se habían comprometido a no litigar de nuevo la “materia arbitral” ante otro Tribunal ni ante los jueces, pero que el Tribunal rechazó la demanda de reconvención con fundamento en que las pretensiones contenidas en ella estaban orientadas a que el Tribunal declarara que el contrato de compromiso se agotó y, en consecuencia, no existía materia susceptible de ventilarse ante el Tribunal y que además, el tema que hacía parte de la contestación de la demanda.

Con esta decisión el Tribunal impidió que se hiciera un planteamiento nuevo del litigio, independiente del inicialmente formulado por la convocante y no tuvo en cuenta que toda la demanda de reconvención giraba en torno al contrato de compromiso pero desde una perspectiva diferente a la planteada por Minercol e Ingeominas.

A continuación señaló que aunque el contrato de compromiso y la conciliación no contenían de manera explícita lo pertinente al incumplimiento de dicho contrato, por mandamiento de la ley, podía entenderse como parte de la materia arbitrable, controversias que las partes no mencionaron en forma explícita.

Consideró que se presentaba contradicción en las razones expuestas por el Tribunal para rechazar la demanda de reconvención cuya pretensión estaba orientada a la declaratoria del incumplimiento del contrato de compromiso, puesto que, de una parte, señalaba que esta materia no hacía parte del contrato de compromiso, pero de otra, advirtió que este tema ya figuraba en la contestación de la demanda que le correspondía decidir con ocasión de la demanda arbitral. (Fls. 700 a 707, cd. ppal. C. Edo.)

3.2 El laudo no decidió sobre la solicitud de aclaraciones.

La queja planteada tiene que ver con la no respuesta del Tribunal frente a la pregunta de Drummond acerca de ¿Cómo puede reconocer que ha tenido lugar una reducción en la denominada “tarifa básica de transporte”?, sobre la cual señala el recurrente, que el Tribunal tenía obligación de responderla por ser indispensable para evitar en el futuro nuevas controversias y para el cumplimiento mismo del laudo.

Afirmó que la no respuesta del Tribunal impedía que Drummond pudiera determinar la eventual reducción en la “*tarifa básica por tonelada*” con base en el “*costo efectivo de transporte*” asunto que resultaba indispensable con el fin de establecer la manera como podía reconocerse hacia futuro que había lugar una reducción en la tarifa.

Agregó que no podía tenerse como respuesta a su pregunta, aquella dada por el Tribunal en el sentido que “*cuando existe una reducción en la tarifa básica de transporte se producen ciertos efectos económicos*”, como tampoco cuando dice

“que el Tribunal nada tiene que interpretar o explicar frente al concepto de costo efectivo de transporte.” (Fls. 710, cd. ppal. C. Edo.)

3.3 El argumento sobre la conducta de las partes frente a los factores reductores.

Señaló en este cargo, que el Tribunal no había tenido en cuenta para nada, ni siquiera para rechazarlo, el argumento expuesto por Drummond en cuanto que en el pasado Minercol consideró que ajustes similares a los consignados en la segunda modificación al contrato de transporte tales como los llamados “factores reductores” no disminuían el “monto deducible” ni aumentaban la suma a pagar por Drummond por concepto de regalías, tampoco tomó en cuenta las pruebas aportadas para sustentarlo, omisión que considera lesiva del derecho al debido proceso.

Explicó el recurrente que se trataba de un argumento trascendente el cual había sido expuesto en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, referido al hecho de que por el mal estado de la vía férrea a cargo de Ferrovías, se suscribió un acuerdo el 17 de enero de 1996, en virtud del cual aunque se mantenían las tarifas básicas, se daba aplicación a las normas del contrato de transporte, las cuales permitían tener en cuenta ciertos factores reductores para disminuir el valor de las facturas que presentaba Ferrovías a Drummond, pero que pese a que se permitió a Drummond reducir sus desembolsos efectivos, las partes entendieron que no había lugar a reducir el “monto deducible” y, por ende, aumentar las regalías.

Precisó que los “factores reductores” desaparecieron del contrato de transporte con ocasión de la segunda modificación. En su lugar, y como contraprestación a los nuevos riesgos que asumió Drummond al garantizar el transporte de cantidades determinadas al año, se establecieron los “ajustes por garantía del volumen”.

Agregó que Ecocarbón y Minercol en su momento estuvieron de acuerdo en que las menores sumas que pagaba Drummond a Ferrovías, no afectaban el monto deducible y, por tanto, no alteraban el valor de la regalía a pagar por Drummond.

Señaló que los argumentos y pruebas debieron ser examinados por el Tribunal para hacer algún pronunciamiento sobre ellos. (Fls. 710 a 714, cd. Ppal. C. Edo).

3.4 El Tribunal no examinó las pruebas nuevas y además negó que éstas existieran.

El argumento expuesto en el cargo formulado alude a que en el momento de la contestación de la demanda Drummond había aportado 3 pruebas para fundamentar sus alegaciones sobre la interpretación común de las partes en cuanto que el contrato de compromiso y la conciliación permitían tan solo la convocatoria de un proceso arbitral y no varios, documentos a los cuales se refirió el Tribunal al asumir competencia; pero que luego, durante el desarrollo del proceso, había aportado otras 13 pruebas documentales que confirmaban sus aseveraciones puesto que excluían la posibilidad de un nuevo arbitramento, a las cuales se refirió en el alegato de conclusión, pero que el Tribunal no las consideró al dictar el laudo y por el contrario, sostuvo que no existía prueba alguna diferente a la que sirvió de fundamento para definir la competencia. (Fls. 714 a 717, cd. ppal. C. Edo.)

9. La oposición al recurso.

Dentro del término del traslado sucesivo de que trata el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, el apoderado judicial de la parte convocante presentó memorial con el fin de oponerse al recurso de anulación. Al inicio de su escrito planteó algunos aspectos que atañen al auto que avocó el conocimiento del recurso de anulación y ordenó la suspensión de los efectos de laudo, los cuales no son de recibo, puesto que no es esta la oportunidad procesal para impugnar la citada providencia, cuya ejecutoria se produjo el 22 de febrero de 2008, sin que fuera recurrida.

Como argumentos de la oposición expuso los siguientes:

- 1) El recurso de anulación se fundamentó en causales consagradas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, sin tener en cuenta que a la fecha de la sustentación del recurso ya se había expedido la Ley 1150 de 2007, en cuyo artículo 22 dispuso que las causales de anulación serían las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 que corresponden a las del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, de tal suerte

que las causales invocadas como fundamento del recurso desaparecieron del ordenamiento jurídico antes de presentarse la sustentación del recurso de anulación.

- 2) El recurrente desconoce la naturaleza del recurso por fundamentarlo en aspectos que se refieren al fondo de la controversia, a la valoración de las pruebas y a los supuestos fácticos, desconociendo que el laudo solo puede ser atacado por errores in procedendo y considera que la recurrente ha obrado contrario a la buena fe y con abuso del derecho a litigar.
- 3) No es cierto que exista agotamiento del compromiso como consecuencia del proceso arbitral adelantado en el año 2001, puesto que éste constituye un verdadero contrato que en el caso particular tuvo por objeto expreso los efectos de las dos modificaciones al contrato operativo de transporte. En el Tribunal de Arbitramento convocado en el año 2001, las partes resolvieron las diferencias existentes en relación con los efectos económicos de la primera modificación del contrato de transporte suscrito entre Drummond y Ferrovías, oportunidad en la cual no se presentó pretensión alguna en relación con la segunda modificación al contrato de transporte, razón por la cual resulta claro que el compromiso no agotó su objeto.
- 4) En cuanto a la designación de los árbitros señaló que las partes en manera alguna habían modificado la forma de designar a los árbitros y por lo tanto, se mantenía lo pactado en el compromiso en cuanto que sería el Centro de Arbitraje el que hiciera su designación en caso de que las partes no logran un acuerdo al respecto.
- 5) INGEOMINAS es parte del compromiso y Drummond ha aceptado mediante actos inequívocos la sustitución de INGEOMINAS -que se subrogó en todos los derechos de Minercol en liquidación-, como su contraparte en la ejecución del contrato minero, los cuales no puede desconocer ante el claro mandato que prohíbe venir contra los actos propios.
- 6) No existe la supuesta contradicción en la parte resolutive del laudo, puesto que los cuestionamientos hechos por el recurrente aluden a la parte motiva que contiene los razonamientos efectuados por el fallador, aspectos que no pueden ser materia de debate por vía del recurso de anulación.

- 7) Los árbitros no concedieron más de lo pedido, pero el recurrente pretende, invocando la causal del numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, controvertir las razones que tuvo el fallador para tomar sus decisiones, con lo cual pretende formular un debate de instancia como si se tratara de un recurso de apelación.
- 8) La demanda de reconvención fue rechazada por el Tribunal de Arbitramento, toda vez que lo planteado no hacía parte del objeto del compromiso y, por lo tanto, no hizo parte de la litis y siendo así el fallador no debía pronunciarse sobre ella.
- 9) El tema de los factores reductores no puede tenerse como una pretensión o solicitud que pueda dar lugar a la causal contenida en el numeral 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, pues en verdad lo pretendido por el recurrente es cuestionar el razonamiento del juez.
- 10) El recurrente cuestiona la valoración de unas pruebas allegadas al proceso, sobre las cuales el Tribunal advirtió que eran impertinentes, aspecto que hace parte del debate probatorio pero que no puede esgrimirse como causal de anulación. (fls. 742 a 764, cd. ppal. C. Edo.)

10. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público solicitó traslado especial, término dentro del cual emitió concepto de fondo con el criterio de que debía declararse infundado el recurso, *“toda vez que los cuestionamientos del recurrente no configuran ninguna de las causales en que se sustentó.* Los argumentos que apoyan su recomendación se sintetizan de la siguiente manera: (Fls. 786 a 810, cd. ppal. C. Edo)

En cuanto a las causales de nulidad invocadas en el recurso, señaló que correspondían a la 3ª, 4ª y 5ª contenidas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, las cuales había sustentado el recurrente en 9 cargos.

- a) Sobre la causal contenida en el numeral 4º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, precisó su contenido y alcance con apoyó en la jurisprudencia de la Sección Tercera.

- Consideró que la primera parte de la causal contenida en el numeral 4º citado, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se enmarcaba en dos hipótesis i) Cuando la materia del compromiso no era transigible y ii) cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes.

Que bajo esta segunda hipótesis el recurrente planteó la falta de competencia del Tribunal y formuló tres de los cargos.

- En cuanto al primero, manifestó no compartir el argumento expuesto en el sentido de que el compromiso y la conciliación solo permitían convocar un tribunal de arbitramento y no otros más, puesto que en su criterio, aunque el compromiso se suscribe cuando la controversia ya ha surgido, es evidente que el primer Tribunal se convocó para someter a su decisión tan sólo parcialmente la materia que las partes acordaron como objeto de arbitraje, razón por la cual, podía válidamente convocarse otro Tribunal para resolver los conflictos restantes.

Con fundamento en el contenido del contrato de compromiso y del acta de conciliación, el Ministerio Público estableció que las partes de manera voluntaria decidieron que la justicia arbitral resolviera el conflicto que surgió por las dos modificaciones introducidas al contrato de transporte y, por tal razón, no podía entenderse que por haberse sometido al tribunal las controversias de la primera modificación, quedaba excluida del conocimiento de los árbitros la controversia suscitada por la segunda modificación, de tal suerte que si en un primer Tribunal no se planteó parte de esa controversia, podía perfectamente, tal como voluntariamente lo decidieron las partes al suscribir el compromiso y definir la materia arbitral, convocarse un segundo tribunal que resolviera las diferencias actuales de los contratantes determinadas en el pacto arbitral.

Sostuvo que el pacto arbitral estaba vigente al momento de la convocatoria del Tribunal que culminó con el laudo de 8 de agosto de 2007, por haberse tramitado para decidir parte de la materia arbitral; agregó que la convocatoria de dos tribunales de arbitramento con base en el mismo contrato de compromiso no era contraria a derecho ni constituía causal de

anulación del laudo, por cuanto la decisión recayó sobre materia acordada por las partes para ser decidida por un Tribunal de Arbitramento, argumentos que lo llevaron a concluir sobre la no prosperidad del cargo.

- En cuanto al segundo cargo formulado, referido a la falta de competencia de quienes designaron el Tribunal -por cuanto no fue el Director del Centro quien hizo la designación sino el Centro mismo por sorteo-, advirtió que la irregular designación de los árbitros no es el supuesto de hecho de la causal alegada y por el contrario haría parte de la causal contenida en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, numeral 2º “ No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esa causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite”, pero que la citada causal no fue invocada por la recurrente y por esta razón el cargo debe ser desestimado.
- En relación con el tercer cargo referido a que las pretensiones de INGEOMINAS no estaban sujetas a la decisión de árbitros por no ser esta entidad parte del contrato de compromiso ni de la conciliación; porque la cesión no era posible y porque dicho compromiso debió hacer parte de la liquidación de Minercol, el representante del Ministerio Público manifestó:

El Ministerio de Minas y Energía como autoridad minera encargada de suscribir los contratos correspondientes para la exploración y explotación de los recursos mineros, había delegado en MINERCOL Ltda., la administración de los recursos mineros y carboníferos del país, incluidos los trámites mineros referidos al carbón, esmeraldas y sal, funciones delegadas que luego reasumió el Ministerio de Minas a través de la Resolución 180073 de 27 de enero de 2004.

Que por Decreto 254 de 28 de enero de 2004, el contrato minero No. 078 de 1988 fue subrogado a INGEOMINAS y así lo aceptó DRUMMOND y, por ende, bajo este mismo marco normativo el contrato de compromiso suscrito entre MINERCOL Y DRUMMOND, también se subrogó, puesto que MINERCOL tenía la facultad de celebrarlo en razón de las facultades que como autoridad minera le habían sido delegadas y por lo tanto, el pacto arbitral cobijaba tanto a MINERCOL como a INGEOMINAS, así ésta entidad no lo hubiere suscrito puesto que ella asumió la posición

contractual de la entidad liquidada siendo verdadera parte en el compromiso y no un tercero.

Adicionalmente señaló que si bien para la fecha de disolución y liquidación de Minercol aún no se había convocado el tribunal arbitral, esa era la única vía, porque materializaba la voluntad de las partes.

- En cuanto a la segunda parte de la causal, “haberse concedido más de lo pedido”, señaló el Ministerio Público, que según la jurisprudencia, la causal invocada se configuraba cuando se decidía sobre cuestiones que superaban lo pedido en la demanda y que no fue éste el cuestionamiento presentado por el recurrente.

Advirtió que lo pretendido a través del recurso, es un reestudio sobre los fundamentos expuestos en el laudo por cuanto Drummond no comparte el análisis jurídico y probatorio efectuado por los árbitros, lo cual resulta ajeno a la naturaleza del recurso; agregó que la sustentación de la causal constituye una verdadera y evidente impugnación al análisis efectuado por los árbitros.

Finalmente concluyó que, el cargo no estaba llamado a prosperar.

- b)** Sobre la causal contenida en el artículo 72-3 de la Ley 80 de 1993, “*Contener la parte resolutive del fallo (...) disposiciones contradictorias*”, consideró que el requisito de procedibilidad, consistente en haber advertido ante el Tribunal la existencia de la contradicción para que tuviera la oportunidad de revisar el laudo en estos puntos, se encuentra cumplido, toda vez que en la oportunidad legal solicitó la aclaración del laudo en relación con el numeral duodécimo.

Señaló que el recurrente no puso de presente una contradicción en la parte resolutive del laudo sino que critica la argumentación expuesta por los árbitros en la parte motiva, circunstancia que considera como un verdadero debate sobre el fondo de la controversia, en cuanto que presenta una posición contraria al Tribunal respecto del alcance que éste dio a dos de los conceptos, aspecto que resulta ajeno al recurso de anulación puesto que éste no es un medio para efectuar un nuevo debate jurídico y probatorio.

- c)** Sobre la causal contenida en el artículo 72-5 de la Ley 80 de 1993, “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”, se refirió a los 4

cargos que fueron formulados por el recurrente con fundamento en la citada causal a saber:

- En relación con la demanda de reconvención señaló que ésta no hizo parte del debate procesal al haber sido rechazada por el Tribunal, debido a que las pretensiones de DRUMMOND no hacían parte de la materia arbitral contenida en el contrato de compromiso y su modificación y, por lo tanto, el Tribunal declaró no ser competente para conocer de ellas.
- En cuanto que no se decidió sobre la solicitud de aclaraciones, consideró que esta afirmación no era cierta, puesto que en auto de 27 de agosto de 2007, el Tribunal resolvió todas las solicitudes de aclaración que las dos partes presentaron.
- Respecto de la no decisión sobre la conducta de las partes frente a los factores reductores, sostuvo que las pruebas debían ser analizadas en su conjunto sin que resultara imperativo para el fallador referirse a cada una de ellas de manera separada y adicionalmente, señaló que mediante el recurso de anulación, no era válido cuestionar el análisis de los medios de prueba adelantado por el fallador para la solución del conflicto.

Finalmente precisó que el hecho de que el Tribunal no hubiere acogido totalmente los argumentos expuestos como fundamento de las pretensiones o excepciones o tuviere un criterio diferente, en manera alguna podía servir de fundamento para solicitar la anulación del laudo.

11. Los poderes presentados y reconocimiento de personería para actuar.

Previo a las consideraciones de la Sala, se advierte que a folios 765 y 771 (cdo. Ppal. C. Edo.), obran los poderes otorgados por INGEOMINAS y el Ministerio de Minas y Energía al abogado Carlos Antonio Espinosa Pérez, para que ejerza la representación de estas instituciones en el trámite del recurso de anulación interpuesto por Drummond. Se le reconoce personería al abogado Carlos Antonio Espinosa Pérez portador de la tarjeta profesional No. 42832 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de las citadas instituciones, en los términos de los poderes otorgados.

II. CONSIDERACIONES

Se impugna el laudo arbitral de 8 de agosto de 2007 y el auto complementario del 27 de agosto del mismo año, proferidos por el Tribunal de arbitramento integrado para resolver las controversias suscitadas en desarrollo del contrato No. 078 de 23 de agosto de 1988, con fundamento en las casuales consagradas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Para una mejor comprensión del asunto, el análisis del tema se emprenderá en el siguiente orden: 1) Competencia para conocer el recurso; 2) El Recurso de anulación. Naturaleza y características; 3) Causales de nulidad del laudo arbitral dictado en controversias de naturaleza contractual y 4) Examen de las causales de anulación invocadas en el recurso.

1. Competencia para conocer del recurso.

De conformidad con lo previsto por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, en los términos en que fue modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998 y lo ordenado por los artículos 72 de la Ley 80 de 1993 y 162 del Decreto 1818 de 1998, el Consejo de Estado, Sección Tercera, es competente para conocer, de manera privativa y en única instancia, del recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia.

De otra parte, la Ley 1107 de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A.¹¹, amplió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas.

¹¹ Dispuso esta norma en el artículo 1º: "El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

Entre los objetivos que tuvo la norma, está el de aclarar el régimen jurisdiccional de las entidades estatales. La modificación más significativa alude a la eliminación de las expresiones “*controversias y litigios administrativos*” que hacían parte del texto anterior del mismo artículo 82, el cual fue reemplazado, por la expresión “*controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas*”, variación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate -contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, de donde se advierte la adopción de un criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual prima la naturaleza del órgano o sujeto que actúa, en contraste con el anterior criterio de carácter material u objetivo soportado en la actividad cumplida por la entidad pública.

El laudo arbitral objeto del recurso de anulación fue dictado para dirimir la controversia suscitada en el contrato No. 078 de 23 de agosto de 1988, celebrado entre Carbones de Colombia S.A. -CARBOCOL-¹² y DRUMMOND LTDA, que tenía por objeto la exploración, construcción y montaje para la extracción del mineral, así como la explotación, transporte y comercialización del proyecto carbonífero en una zona del Departamento del Cesar.

Como se evidencia, una de las partes de la relación contractual, es una entidad del Estado y el contrato celebrado, según lo definido por el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, (norma vigente a la fecha de la celebración del contrato 078 de 1988), es un contrato administrativo. Actualmente, bajo la definición contenida en el régimen de la Ley 80 de 1993, artículo 32¹³, es un contrato estatal.

En efecto CARBOCOL Ltda., funcionó como una empresa industrial y comercial del Estado, que cumplía actividades para el desarrollo de la actividad minera y, por lo tanto, los contratos que celebraba eran contratos administrativos; no obstante

¹² ECOCARBON fue cesionaria de los derechos de CARBOCOL en el contrato 078, según Resolución No. 601078 de diciembre de 1993, expedida por el Ministerio de Minas y Energía. Por Decreto 1679 de 27 de junio de 1997, se fusionaron las sociedades MINERALCO S.A. y ECOCARBON, fusión que dio lugar a la creación de MINERCOL Ltda., como una sociedad de responsabilidad limitada, del orden nacional, con capital estatal, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, entidad que luego entró en liquidación según lo ordenado por el Decreto 254 de 28 de enero de 2004 e INGEOMINAS se subrogó en la posición de MINERCOL Ltda. en liquidación.

¹³ El artículo 32 de la Ley 80 de 1983 consagra: “*son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto...*”

que la ley sometió dichos contratos a un régimen especial que gobierna dicha actividad, así lo establecía el Parágrafo del artículo 16¹⁴ del Decreto-ley 222 de 1983 y también lo consagró el artículo 76¹⁵ de la Ley 80 de 1993; es decir, están sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público.

El recurso fue formulado dentro de la oportunidad establecida por el inciso primero del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo, toda vez que la notificación del auto que lo aclaró y complementó, se cumplió en estrados el 27 de agosto de 2007 y el recurso de anulación fue presentado el 31 de agosto el mismo año.

Establecida la competencia y verificado el cumplimiento de los presupuestos anotados, la Sala avocará el conocimiento del recurso interpuesto.

2. El Recurso de anulación, su Naturaleza y características.

La jurisprudencia de la Sección Tercera¹⁶, del Consejo de Estado, reiteradamente se ha referido a la naturaleza, y características del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha precisado lo siguiente:

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

- ii) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores in procedendo** (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la

¹⁴ El Parágrafo del artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983, establecía: " los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales sobre la materia"

¹⁵ El artículo 76 de la Ley 80 de 1993, prescribe: "Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable."

¹⁶ Entre otras sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado se destacan las siguientes: de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; de 12 de noviembre de 1993, Exp. 7809; de 24 de octubre de 1996, Exp. 11632, M. P. Daniel Suárez Hernández; de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, M. P. Juan de Dios Montes Hernández; de 18 de mayo de 2000, Exp. 17797; de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, M. P. María Elena Giraldo Gómez; de 28 de abril de 2005, Exp. 25811, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; de 4 de julio de 2002, Exp. 21217, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488 y de 4 de julio de 2002, Exp. 22.012, M. P. Ricardo Hoyos Duque; de 1º de agosto de 2002, Exp. 21041, M. P. Germán Rodríguez Villamizar; de 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, M. P. Germán Rodríguez Villamizar; de 8 de junio de 2006, Exp. 32398, M. P. Ruth Stella Correa Palacio; de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.; de 26 de marzo de 2008, Exp. 34071; de 21 de mayo de 2008, Exp. 33643.

actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.

- iii) Mediante el recurso de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.
- iv) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993.
- v) Los poderes del juez de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra¹⁷; en consecuencia, no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.¹⁸
- vi) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, M. P. Daniel Suárez Hernández; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751, M. P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.”*¹⁹

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

3. Causales de nulidad del laudo arbitral en controversias de naturaleza contractual.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, norma vigente a la fecha de interposición del recurso de anulación que es materia de estudio, constituyen causales de anulación del laudo las siguientes:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1º Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

2º Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

3º Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

4º Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

5º No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, M. P. Daniel Suárez Hernández.

El artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 (norma que recopiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989), consagró, además de las causales previstas en el artículo 72 del Estatuto Contractual, ya referido, cuatro causales más, contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 5²⁰. Quiere decir que existen dos sistemas de causales de anulación para impugnar los laudos arbitrales, cuya aplicación ha sido admitida por la jurisprudencia de la Sala según se trate de controversias derivadas de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 o de contratos amparados bajo el régimen del derecho privado, así se evidencia en el siguiente pronunciamiento:

“El ordenamiento jurídico establece dos sistemas de causales para la procedencia del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, uno en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y otro, consagrado en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilado en el artículo 230 de aquel decreto, que se aplican dependiendo de la materia o asunto objeto de la controversia, esto es, si se trata de controversias derivadas de contratos regidos por el derecho privado o de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, pero, es dable afirmar que ambas regulaciones están enderezadas a corregir los errores y vicios por el procedimiento adelantado por los árbitros, sin entrar, en principio, al fondo de la cuestión litigiosa dirimida por los árbitros.

(...)

Como puede apreciarse, si bien coinciden algunas de las causales de que tratan los artículos 163 y 230 del Decreto 1818, no son totalmente idénticas, porque para los recursos de anulación de laudos arbitrales dictados en conflictos de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 son menos que aquellas establecidas para contratos con régimen de derecho diferente. Coinciden las consagradas en los numerales 4, 6 y 9 del 163 y no coinciden las de los numerales 1, 2, 5, que no pueden ser invocadas en sede del recurso de anulación contra laudos arbitrales que versen sobre contratos a los que se les aplica la Ley 80 de 1993.

“En este sentido, los laudos arbitrales no pueden ser impugnados en vía del recurso extraordinario de anulación, por motivos diferentes a los expresados en las normas transcritas, dependiendo claro está de sí se

²⁰ “El artículo 163, señala como causales de anulación adicionales a las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 las siguientes:

“Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

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

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

“3. Numeral declarado NULO (El Consejo de Estado mediante, sentencia del 8 de abril de 1999, Expediente 5191 declaró nulo el numeral 3º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 por haber sido derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998.

(...)

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

(...)

trata de contratos estatales de que trata la Ley 80 de 1993 o contratos regidos por el derecho privado, para aplicar en uno u otro evento bien las causales del artículo 163 del Decreto 1818 que compiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 ora las del artículo 230 del mismo Decreto 1818 que compiló el artículo 72 de la Ley 80 de 1993".²¹ (Se ha subrayado).

Queda claro entonces, que las causales que pueden invocarse para impugnar un laudo arbitral mediante el cual se ha dirimido la controversia surgida de un contrato estatal sometido al régimen de derecho privado, son las previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, norma que recopiló el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, mientras que si se trata de la impugnación del laudo que ha resuelto una diferencia suscitada en un contrato estatal sometido al régimen del Estatuto Contractual, las causales que pueden invocarse son las consagradas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, como ya se indicó, los contratos celebrados para el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera de recursos naturales renovables y no renovables, no se encuentran sujetos al régimen previsto por el Estatuto de Contratación Estatal, por cuanto éste, de manera expresa, ha dispuesto que sean gobernados por la legislación especial que les es aplicable²², es decir, por el régimen minero.

A la fecha de celebración del contrato, el régimen que regulaba la actividad minera no se encontraba, en estricto sentido, recopilado en un código sino que aparecía disperso en varias leyes y Decretos²³, poco después de suscrito el contrato minero materia de controversia, se expidió el Decreto-ley 2655 de 23 de

²¹ Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29476, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²² Así lo ordenaba el Parágrafo del artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 y también lo establece actualmente el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

²³ Ente las normas que regulaban la actividad minera se encuentran las siguientes: Ley 38 de 1887 que "adopta el Código de Minas del Extinguido Estado de Antioquia", norma que contiene tan solo 13 artículos; Decreto 223 de 1932 que regula el impuesto de minas; Ley 13 de 1937, mediante la cual "se dictan unas disposiciones sobre minas y se provee a la revisión del Código sobre la materia" Ley 85 de 1945 "por la cual se regulan las oposiciones a las concesiones de minas"; Ley 60 de 1967 "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre transformación, adjudicación y contratación de minerales"; Ley 20 de 1969, mediante la cual "se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos" ; Decretos 1244, 1245 de 1974 por los cuales se dictan normas sobre regalías e impuestos a la explotación de esmeraldas y minera respectivamente; Decreto 1249 de 1974, "por el cual se dictan normas sobre participaciones en la explotación de las salinas nacionales" y Ley 61 de 1979 "por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón y se establece un impuesto".

diciembre de 1988²⁴, contenido del Código Minero, norma que fue derogada por la Ley 685 de 2001²⁵, actualmente en vigor.

De conformidad con el Decreto 222 de 1983, norma vigente a la fecha de celebración del contrato, las relaciones contractuales derivadas de la actividad minera de exploración, explotación, producción y comercialización de los recursos naturales no se encontraban sometidas a las regulaciones del Estatuto contractual sino a las normas especiales que regían esta actividad.

Como ya se dijo, la actividad minera se encuentra regulada actualmente por la Ley 685 de 2001, Código de Minas vigente, normatividad que reguló entre otros aspectos, los referidos a la competencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado para conocer sobre asuntos mineros y la manera como podían ser resueltos los conflictos que se presentaran entre las entidades públicas concedentes y los contratistas concesionarios de los derechos de explotación de recursos naturales.

En efecto, el artículo 293 de la Ley 685 de 2001, determinó la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer en primera instancia de las acciones referentes a los contratos de concesión que tengan por objeto la exploración y explotación de minas; por su parte, el artículo 295 definió la competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de las acciones que se promuevan sobre asuntos mineros, distintas de las contractuales, en los que la Nación o una entidad estatal del orden nacional, sea parte y el artículo 294, reguló la manera de solucionar las diferencias de orden técnico, económico y legal que se presentaran entre concesionarios y la entidad concedente.

Como se observa, las normas del Código de Minas a que se ha hecho referencia, son de naturaleza procesal, y, por lo tanto, de orden público, de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata, en consecuencia, las mismas resultan aplicables al asunto que se debate, desde el momento en que entraron en

²⁴ El Código Minero fue promulgado el Diario Oficial. año CXXV. N.38626. 23, diciembre, 1988. Pag. 6 y rigió 6 meses después de su promulgación, con excepción del Capítulo XXII que tuvo vigencia desde esa misma fecha.

²⁵ Ley publicada en el Diario Oficial No. 44.545, de 8 de septiembre de 2001, el cual incluye la siguiente nota: "La Ley 685 de 2001, Código de Minas, se publicó en el Diario Oficial Número 44.522, de 17 de agosto de 2001, con varias inconsistencias, por esta razón la publicamos nuevamente en su integridad, acogiéndonos al artículo 45 de la Ley 4a. de 1913".

vigencia, no obstante que al momento de la celebración del contrato regían otras diferentes.

El artículo 294 de la Ley 685 de 1994, norma que interesa al sub lite, es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 294. DIFERENCIAS DE ORDEN TÉCNICO. *Las diferencias de carácter exclusivamente técnico que llegaren a surgir entre los concesionarios y la autoridad concedente que no puedan arreglarse en forma amigable, serán sometidas para su resolución al arbitramento técnico previsto en las leyes. Las diferencias de orden legal o económico, quedan sometidas al conocimiento y decisión de la rama jurisdiccional del poder público colombiano. En caso de desacuerdo sobre la calidad técnica, jurídica o económica de las diferencias éstas se considerarán legales. En la designación de los árbitros y en el procedimiento arbitral se aplicará el Decreto 1818 de 1998 y las normas que lo adicionen o reformen.”*

Del contenido del artículo transcrito se infiere lo siguiente: i) Las diferencias de orden técnico serán de conocimiento de un Tribunal de arbitramento técnico; ii) Las controversias de naturaleza legal o económico serán dirimidas por la “*rama jurisdiccional del poder público colombiano*”; iii) La designación de los árbitros y el procedimiento arbitral se regirá por el Decreto 1818 de 1998 y las normas que lo adicionen o reformen.

La citada disposición legal determinó que las controversias de tipo legal o económico eran de competencia de la “*rama jurisdiccional del poder público colombiano*”; razón por la cual resulta pertinente establecer cuáles son los órganos que integran la rama jurisdiccional y para ello debe acudir a la Carta Política, en cuyo artículo 116 establece su conformación.

El artículo 116 constitucional prescribe lo siguiente:

ARTICULO 116. *(Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002²⁶.) El nuevo texto es el siguiente: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

²⁶ El Acto Legislativo No. 3 de 2002, fue desarrollado por el Decreto 2636 de 2002.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.
(Subrayado no es de la norma)

El precepto constitucional claramente establece que además de los órganos del Estado, los particulares también pueden ser investidos para ejercer funciones jurisdiccionales de manera transitoria, en su calidad de jurados de conciencia, conciliadores o de árbitros habilitados por voluntad de las partes en controversia para dictar fallos bien en derecho o en equidad.

Armonizando el artículo 294 de la Ley 685 de 1994 y el texto constitucional del artículo 116, puede llegarse a establecer que las controversias de orden legal o económico que se susciten en los contratos de concesión que tienen por objeto actividades de explotación o exploración minera, pueden ser sometidas a conocimiento de árbitros, por voluntad de las partes de la relación contractual, toda vez que no habría justificación alguna para que se limitara el arbitramento, a controversias de orden técnico, dejando por fuera las diferencias de orden legal o económico que, también pueden ser resueltas por la justicia arbitral. Así mismo, dichas controversias pueden ser dirimidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, su juez natural, cuando no ha mediado pacto arbitral.

Amén de lo anterior y por expresa disposición del artículo 294 de la citada Ley 685 de 1994, “*en la designación de los árbitros y en el procedimiento arbitral se aplicará el Decreto 1818 de 1998 y las normas que lo adicionen o reformen.*”

Retomando el tema de las causales de anulación que pueden invocarse y teniendo en cuenta, de una parte, que a los contratos mineros no le son aplicables las normas del Estatuto Contractual sino las normas especiales que regulan dicha materia y de otra, que en esas normas especiales se determina la normatividad aplicable para resolver las controversias surgidas entre las partes de un contrato minero, cuando quiera que éstas han acordado que sea la justicia arbitral la que las dirima, es perfectamente claro que las causales de anulación del laudo previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, norma vigente a la fecha de suscripción del negocio jurídico de compromiso (18 de mayo de 1999) y de la

interposición del recurso (31 de agosto de 2007), no pueden ser invocadas para impugnar el laudo arbitral dictado para solucionar las controversias suscitadas en un contrato minero, tema de interés en este proceso.

En su defecto y por expresa disposición del artículo 294 de la Ley 685 de 1994, en materia de arbitramento, deberá acudirse a las regulaciones contenidas en el Decreto 1818 de 1998²⁷, norma que constituye el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, la cual agrupa en dos artículos, el 163 y el 230, varias causales de anulación que pueden invocarse para impugnar los laudos arbitrales.

Como ya se refirió, la jurisprudencia de la Sala ha determinado que el sistema de causales de anulación consagradas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, resultan aplicables para impugnar los laudos que resuelven conflictos originados en contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado. La pregunta que debe formularse está orientada a determinar entonces, cuáles son las casuales de anulación consagradas en el Decreto 1818 de 1998 que pueden invocarse con el fin de impugnar el laudo arbitral proferido para solucionar las controversias suscitadas en un contrato minero celebrado entre el Estado y un particular.

Al respecto cabe precisar que las normas mineras, regulan las relaciones surgidas entre el Estado y los particulares para el desarrollo de la actividad minera adelantada en relación con los recursos naturales de propiedad del Estado y como tal, sus prescripciones contienen un régimen especial de derecho público²⁸ aplicable a los contratos mineros celebrados por el Estado, por expresa disposición legal; esta circunstancia descarta la aplicación, en materia arbitral, de las disposiciones del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que como quedó dicho se aplica exclusivamente a los contratos gobernados por el régimen de derecho privado.

Pero como ya se advirtió, el mismo Decreto 1818 de 1998, consagró en su artículo 230, otro grupo de causales de anulación contra los laudos arbitrales, norma que compiló el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Esta regulación simultánea y diferente

²⁷ El Decreto 1818 de 1998 fue expedido por el Gobierno Nacional en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 166 de la Ley 446 de 1998,

²⁸ Entendido como el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados. El que regla los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación directa o mediata del poder público. (Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico; Editorial Heliasta, , Buenos Aires, 1979, pág. 97)

de una misma materia en el mismo reglamento normativo, no puede ser inoficiosa y por lo tanto, bajo el principio del efecto útil, como criterio de la interpretación normativa, que permite al juez preferir la interpretación que confiere un mejor efecto a la norma, que aquella que no la tiene, debe entenderse que la regulación contenida en el artículo 230 de la norma en comento, tiene una finalidad la cual debe desentrañarse de la interpretación misma que de ella se haga.

Si se tiene en cuenta, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala que el sistema de causales de anulación contenido en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, resulta aplicable para impugnar los laudos que resuelven controversias de contratos sometidos al Estatuto de Contratación del Estado, es decir, a un régimen de derecho público, debe entenderse que si el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, adoptó las causales de la referida Ley 80, como un sistema diferente del regulado por el artículo 163, dentro del mismo texto normativo, es porque tales casuales tienen efecto y aplicación para impugnar laudos que resolvieron controversias surgidas en contratos también regulados por un régimen de derecho público, pero diferente del consagrado en el Estatuto de Contratación del Estado.

En este entendimiento resulta procedente aceptar que el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, consagró expresamente las causales de anulación que podían esgrimirse para impugnar los laudos dictados para resolver conflictos de contratos sometidos a un régimen especial de derecho público, diferente del prescrito por la Ley 80 de 1993.

Estos razonamientos llevan a concluir que el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, es la norma aplicable para impugnar los laudos arbitrales dictados para resolver las diferencias suscitados en contratos mineros celebrados por el Estado, los cuales se rigen por un régimen especial de derecho público, que no es el de la Ley 80 de 1993.

En este orden de ideas, dado que en el presente asunto el recurrente invocó como causales de anulación, las previstas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, norma que, como quedó claramente establecido, no es aplicable a los contratos mineros, en principio habría lugar a su rechazo, pero como las causales invocadas por el recurrente corresponden a las mismas compiladas por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, éstas serán admitidas y resueltas por la Sala. Se precisa además, que al momento de interponerse el recurso, hecho ocurrido el 31

de agosto de 2007 (fl. 612, cd. ppal, C. Edo) aún no se encontraba en vigencia la Ley 1150 de 2007.

4. Examen de las causales de anulación invocadas en el recurso.

4.1 La causal contenida en el numeral 4º del artículo 72, de la Ley 80 de 1993. (Corresponde a la causal prevista en el numeral 4º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998.

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

Previamente al análisis de los cargos formulados por el recurrente resulta pertinente precisar el contenido y alcance de la causal prevista en el numeral 4º del Decreto 1818 de 1998, invocada por el recurrente, a la luz de los lineamientos fijados por la jurisprudencia de la Sala y que ahora se reiteran.

La causal de nulidad que se analiza se encuentra dirigida a preservar el principio de la congruencia de los fallos judiciales que tiene consagración en el artículo 305 del C. de P. C. en la forma en que fue modificado por el artículo 1º numeral 135 del Decreto 2289 de 1989, en virtud del cual, *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*, mandato legal que impone al juez, la concordancia del fallo con las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación de la misma, puesto que la facultad del juez no es ilimitada.

La incongruencia tiene tres aspectos a saber: i) cuando en el fallo se otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal cuarta que se invoca, alude a los dos primeros aspectos indicados, puesto que el último hace referencia a una causal diferente que también será analizada.

El principio de congruencia se torna aún mas estricto en tratándose de laudos arbitrales toda vez que las facultades del juez devienen de la voluntad de las

partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes.

La jurisprudencia de la Sala ha sostenido²⁹ que para que se configure la causal contenida en el numeral 4º del artículo 230, del Decreto 1818 de 1998 se requiere de la existencia de alguno de los siguientes supuestos: *i)* que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por no tener el carácter de transigibles y con ello se contraría la Constitución y la ley, *ii)* que el laudo decida asuntos que las partes no dejaron sujetos al pronunciamiento de los árbitros en el pacto arbitral, (cláusula compromisoria o compromiso) desconociendo que el ámbito de su competencia está delimitada y restringida estrictamente a las precisas materias definidas por las partes y *iii)* que el laudo exceda la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, es decir, que el mismo contenga pronunciamientos sobre materias que no fueron planteadas en la demanda ni en las excepciones propuestas como medio de defensa, de manera que el fallo no concuerda con los extremos de la litis, tornándose en incongruente.

La jurisprudencia de la Sala se ha ocupado de analizar los supuestos que configuran la causal en sus dos connotaciones que resultan de su contenido normativo, cuyas orientaciones se dirigen a establecer lo siguiente:

*“b. La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse:*

=> Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse:

- O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y*
- O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita).*

²⁹ En el mismo sentido se citan las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado; Sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 33643, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Exp.33645; Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090.

=> Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo *ultra petita*).³⁰

Sobre la misma materia la Sala en sentencia de 8 de junio del 2006, Exp. 29.476, expuso lo siguiente:

“En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.

iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónica con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”

En este contexto, resulta claro que la causal que se estructura en el hecho de *“haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*, se relaciona, entonces, con la incongruencia del fallo por extralimitar la órbita de competencia prevista por la Constitución y la Ley u otorgada por voluntad de las partes en el pacto o

³⁰ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20.356, también puede consultarse la sentencia de 8 de junio de 2006; Exp. 29.476.

convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular expuesto por ellas en la demanda y su contestación.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Sala³¹ que la referida causal, además de resultar procedente frente a la incongruencia del laudo por ultra o extra petita, sanciona los eventos en que el tribunal de arbitramento actúa sin competencia, esto es, por fuera del marco que la ley o las partes definen para que puedan actuar válidamente. En efecto, cuando la causal alude a que el laudo recaiga “*sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros*”, regula también los eventos en que el tribunal de arbitramento obró sin facultades, ya sea porque la materia respecto de la cual se pronuncia no es transigible conforme lo exige la ley o porque la misma no forma parte de los asuntos contenidos en el pacto arbitral.

De conformidad con las normas que regulan el tema y los lineamientos fijados por la Jurisprudencia de la Sala, se analizará si en el caso concreto, se configuró la causal que se invoca para solicitar la anulación del laudo; con este fin resulta indispensable examinar el contenido del contrato de compromiso suscrito el 18 de mayo de 1999 y el acta de conciliación de 22 de junio de 2000.

Se advierte que en el contrato 078 de 1988, las partes no pactaron cláusula compromisoria con el fin de resolver los conflictos que se suscitaran en razón del contrato. Fue años después de su celebración cuando decidieron suscribir el negocio jurídico de compromiso con el fin de someter a árbitros la solución de sus diferencias y así lo pactaron en el “*Documento de Compromiso o Pacto arbitral*” suscrito el 18 de mayo de 1999, en desarrollo de la cláusula 34.1³² que habían acordado en el referido contrato minero.

A propósito de la modalidad escogida por las partes para solucionar las diferencias suscitadas en relación con el contrato, resulta pertinente señalar que al arbitramento se llega de dos maneras: bien mediante la cláusula compromisoria que se incluye en el mismo contrato que origina el conflicto, como por vía del compromiso que suscriben las partes en documento diferente, después de celebrado el contrato, con el fin de que sea un Tribunal de Arbitramento quien

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25489.

³² En la cláusula 34.1 se lee: “*Los casos de desacuerdos entre las partes sobre asuntos de derecho relacionados con la interpretación y/o ejecución del contrato o su terminación que no puedan arreglarse en forma directa entre las partes, serán sometidos a conocimiento y decisión de la rama jurisdiccional del poder público colombiano, salvo que las partes en dicho documento acuerden un arbitramento, el cual se sujetará a la ley colombiana sobre la materia.*”

decida el conflicto, renunciando así a formular sus pretensiones ante el juez natural; figura que el artículo 229 del Decreto 1818 de 1998, consagra en los siguientes términos:

ARTICULO 229. DEL COMPROMISO. *Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

De conformidad con la norma, en el contrato de compromiso las partes deberán indicar con precisión la materia arbitrable, es decir el conflicto que será objeto de solución por parte del Tribunal de Arbitramento, tema de la mayor importancia en la medida en que ello delimita la competencia del juez arbitral; igualmente deberá determinarse la forma de designar los árbitros, el lugar de funcionamiento del Tribunal y la manera como las partes asumirán los costos del funcionamiento del Tribunal.

En el documento contentivo del negocio jurídico de compromiso, suscrito el 18 de mayo de 1999, se observa que en la cláusula cuarta las partes definieron la materia arbitrable en los siguientes términos:

“La materia arbitrable estará constituida por los siguientes temas: Minercol Limitada (antes Ecocarbón Limitada) sostiene que por razón de un contrato suscrito entre Drummond Limited y la Empresa Colombiana de Vías Férreas- FERROVIAS-, ha sido modificada la tarifa básica por tonelada.

Como consecuencia de lo anterior, debe Drummond Limited, pagar a Minercol Limitada (antes Ecocarbón Limitada) el mayor valor de las regalías pactadas contractualmente a partir del momento en que facturó y cobró esta modificación de la tarifa básica por toneladas y sucesivamente mientras que ese y los demás factores de cuantificación de las regalías no se vuelvan a modificar y hasta la conclusión y terminación del contrato. Estos pagos deben hacerse con los accesorios que prevé el mismo contrato para el caso de mora, a las tasas allí mismo pactadas.

Drummond Limited, por su parte, sostiene que la tarifa básica por toneladas aplicada por Drummond Limited a la liquidación de las regalías de acuerdo con la cláusula vigésimatercera del contrato No.

078 de 1988 ha sido y es la correcta, de acuerdo con dicho contrato y con el contrato operacional entre Ferrovías y Drummond Limited.

Por lo anterior, Drummond Limited nada ha debido ni debe a Minercol Limitada (antes Ecocarbón Limitada) con fundamento en un supuesto mayor valor de las regalías pactadas contractualmente, de acuerdo con la cláusula vigésimatercera del contrato No. 078 de 1988.(fls 2 a 3, cd. pruebas 1)

Pero dicho contrato de compromiso fue modificado, posteriormente, por las partes, mediante “acta audiencia de conciliación” de 22 de junio de 2000, que a la letra dice:

“PRIMERO: Las partes convienen modificar, para mayor claridad el párrafo primero de la cláusula cuarta del pacto arbitral que quedará de la siguiente manera: La materia arbitrable está constituida por los siguientes temas:

Minercol Limitada (antes Ecocarbón Ltda., antes Carbones de Colombia S.A. Carbocol) sostiene que la tarifa básica por tonelada contemplada en el contrato 078 de 1988 suscrito entre Minercol Ltda. (antes Ecocarbón Ltda., antes Carbones de Colombia S.A. Carbocol) y DRUMMON Limited y sus posteriores modificaciones, ha sido modificada como consecuencia de las dos modificaciones introducidas al contrato operacional suscrito entre Drummond Limited y la empresa colombiana de vías férreas- Ferrovías mediante Escritura Pública No. 44756 del 13 de septiembre de 1991 de la Notaría 23 de Bogotá, cuya primera modificación está contenida en documento suscrito el 6 de junio de 1997 que fue protocolizado en la Escritura Pública No. 4857 del 17 de septiembre de 1997 de la Notaría 23 de Bogotá y cuya segunda modificación está contenida en documento suscrito en fecha 3 de marzo de 1999.

SEGUNDO: La parte convocante igualmente aclara que estima la cuantía de este Tribunal Arbitral en la cantidad de Trece Mil Millones de pesos (\$ 13.000'000.000), manifestación de la que queda enterada en esta audiencia la parte convocada.

TERCERO: Las partes convienen que dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la presente audiencia, designarán de común acuerdo los árbitros principales y suplentes y lo comunicarán a este centro de arbitraje por escrito, anexando adicionalmente las cartas de aceptación de los respectivos árbitros designados.”(fls. 8 y 9, cd. pbs. 1)

Los textos antes transcritos serán examinados con especial cuidado a fin de establecer si los cargos formulados por la parte recurrente contra el laudo arbitral, realmente configuran la causal que ha sido invocada para obtener su anulación.

4.1.1 El estudio de los cargos formulados.

La empresa recurrente con fundamento en la causal antes citada, formuló cuatro cargos contra el laudo, tres de ellos corresponden a la primera parte de la causal “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de árbitros*” y el último referido al texto final de ella “*haberse concedido más de lo pedido*”, los cuales concretó de la siguiente manera; i) Falta de competencia del Tribunal (1er cargo); ii) Tribunal designado por quien no tenía competencia para ello (2º cargo); iii) Las pretensiones de INGEOMINAS no estaban sujetas a decisión de árbitros (3er cargo) y iv) El laudo concedió más de lo pedido: se fundó en una causa distinta y opuesta a la planteada en la demanda (5º cargo).

Primer cargo: Falta de competencia del Tribunal.

El cargo se concreta en el siguiente aspecto: Según el contenido del contrato de compromiso y el acta de conciliación celebrada en el año 2000, no era posible convocar más de un Tribunal de Arbitramento para resolver el conflicto suscitado entre las partes, [por los efectos que tuvieron las modificaciones primera y segunda, introducidas al contrato operativo de transporte suscrito entre la recurrente y Ferrovías], en el contrato minero 078 de 1988, concretamente, en el valor de las regalías que DRUMMOND debía cancelar a las convocantes, pues el contrato de compromiso tenía como finalidad resolver un único conflicto presente y determinado a la luz del artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 y no eventuales conflictos que se suscitaran posteriormente; como si fuera posible dividir la materia arbitral (Fls. 647 a 659, cd. ppal. C. Edo.)

Consideraciones de la Sala.

Encuentra la Sala que para el análisis del cargo tiene trascendental importancia puntualizar sobre el texto del contrato de compromiso que sirvió de fundamento para convocar el Tribunal de Arbitramento y su modificación. Al respecto conviene precisar lo siguiente:

- i) En el primer párrafo de la cláusula cuarta del contrato de compromiso, en la forma en que las partes lo modificaron el 22 de junio de 2000, se dejó claramente establecida la materia sobre la cual versaba la diferencia suscitada entre las partes, en los siguientes términos: “*la materia arbitrable estará constituida por los siguientes temas*”. A continuación aparece el

planteamiento de Minercol frente a la controversia, expresado así: *“la tarifa básica por tonelada contemplada en el contrato 078 de 1988 suscrito entre Minercol Ltda., (...) ha sido modificada como consecuencia de las dos modificaciones introducidas al contrato operacional suscrito entre Drummond Limited y la empresa colombiana de vías férreas- Ferrovías mediante Escritura Pública No. 44756 del 13 de septiembre de 1991 de la Notaría 23 de Bogotá, cuya primera modificación está contenida en documento suscrito el 6 de junio de 1997 que fue protocolizado en la Escritura Pública No. 4857 del 17 de septiembre de 1997 de la Notaría 23 de Bogotá y cuya segunda modificación está contenida en documento suscrito en fecha 3 de marzo de 1999.”*

- ii) El texto anterior refleja, sin lugar a duda que la materia arbitrable recaía sobre la tarifa básica por tonelada, la cual se había visto afectada por dos modificaciones efectuadas al contrato operacional de Transporte suscrito entre Ferrovías y la Drummond, quiere decir, que toda discrepancia que surgiera en virtud de estas dos modificaciones efectuadas en el contrato operacional de transporte, por su incidencia en la tarifa básica y por ende en el monto de la regalías que debía pagar Drummond a Minercol, con base en el contrato minero, era susceptible de ser sometida a conocimiento de un Tribunal de Arbitramento.
- iii) El artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 al definir el compromiso como un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento, no está señalando limitación alguna en cuanto al número de Tribunales que pueden ser convocados para solucionar el denominado conflicto presente y determinado y bien podría hacerse en un solo Tribunal o en varios.
- iv) En el negocio jurídico de compromiso las partes tampoco restringieron a un solo Tribunal de arbitramento la materia objeto de controversia como para que pueda afirmarse, como lo hace el recurrente, que solo podía convocarse un Tribunal de Arbitramento y si bien es cierto que por razones de costo y tiempo, resultaría deseable que mediante un solo proceso arbitral se definieran todos los aspectos objeto de la controversia, ello no significa que mientras subsista algún tema sin dilucidar, que hace parte de la materia

litigiosa definida por las partes, pueda acudir al juez arbitral en busca de solución al conflicto; admitir lo contrario llevaría a limitar el derecho de acción³³ que le asiste a todo sujeto de derecho.³⁴

- v) El hecho de convocar, un Tribunal de Arbitramento en oportunidades distintas para que resuelva las diferencias suscitadas en un contrato, sobre una materia específica definida expresamente por las partes en conflicto, no constituye causal de anulación del laudo que fue dictado por el Tribunal convocado en la segunda oportunidad, o por lo menos no existe norma legal que así lo consagre.
- vi) La simple circunstancia de que una de las partes del conflicto haya demandado la solución de solo algunos puntos de la materia litigiosa ante el juez arbitral no acarrea *per se*, como consecuencia, impedimento alguno para que pueda acudir de nuevo al juez, a fin de obtener solución de la parte que no fue debatida en la primera oportunidad y mucho menos tal hecho podría generar incompetencia para el Tribunal de Arbitramento convocado en segunda oportunidad para dar solución definitiva al conflicto.
- vii) El recurrente sostuvo en el recurso de anulación que impugnó el laudo lo siguiente: “Minercol se abstuvo de presentar al Tribunal que las partes designaron en el año 2000, cualquier pretensión relativa a los efectos de la “segunda modificación” del contrato de transporte sobre las regalías. En consecuencia el Tribunal en el año 2001, produjo un laudo en el que no se pronunció sobre esta parte de la materia arbitrable” (fl. 648, cd. ppal. C. Estado). Lo anterior significa el reconocimiento expreso por parte del impugnante de que hubo un aspecto de la materia litigiosa que no fue puesta en conocimiento del juez arbitral en la primera oportunidad, como en efecto ocurrió, situación que permite arribar a la conclusión de que tal aspecto perfectamente podría ser debatido ante un nuevo Tribunal de arbitramento para que lo resolviera, sin temor a que la decisión impartida por el juez estuviera afectada por falta de competencia.

³³ Para el profesor Devis Echandía la acción es “el derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia a través de un proceso.” (Compendio de Derecho Procesal Civil. Editorial Dike, Medellín 1990. Pág. 155.)

³⁴ Persona natural o jurídica.

Las anteriores reflexiones son suficientes para denegar la prosperidad del cargo formulado.

Segundo cargo. Falta de competencia del Tribunal por haber sido designado por quien no tenía competencia para ello.

En la acusación al laudo, el recurrente parte del doble supuesto consistente en que efectivamente la materia arbitral pudiera dividirse y que fuera posible convocarse más de un Tribunal de Arbitramento para dirimir la controversia. Entendió el impugnante que el arbitramento acordado por las partes era legal y no institucional y por lo tanto quien debía designar los árbitros era el Director del Centro de Conciliación y Arbitraje y en consecuencia éste no podía invitar a un tercero para que hiciera la designación y mucho menos a través de un sorteo.

Consideraciones de la Sala.

El cargo formulado no corresponde a ninguno de los supuestos que han sido establecidos por la ley y la jurisprudencia para que pueda configurarse la causal contenida en el numeral 4º del Decreto 1818 de 1998 “*haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de árbitros*”. Se observa que el supuesto de hecho a que alude el censor se refiere a la indebida conformación del Tribunal de Arbitramento la cual constituye una causal muy diferente de la que fue invocada.

En efecto el artículo 163-2 del Decreto 1818 de 1998, consagra la nulidad del laudo por “*no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esa causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite*”³⁵, dicha causal, no fue invocada por el impugnante puesto que sus alegaciones están dirigidas a demostrar que el hecho de no haberse designado el Tribunal de Arbitramento, en debida forma, configura la causal contenida en el numeral 4º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Pero además se advierte que para la época en que fue presentado el recurso de anulación, la causal contenida en el numeral 2º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, solo podía ser invocada contra laudos que definían controversias de

³⁵ Una de las hipótesis que dan lugar a la indebida integración del Tribunal es la designación de los árbitros por la persona u organismo que no tenía competencia para hacerlo. (Gil Echeverry Jorge Hernán, Del Recurso de anulación de laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Barranquilla, 1998, pág. 54)

contratos estatales sometidos al régimen de derecho privado, pero no respecto de aquellos que definían conflictos de contratos regidos por el régimen de derecho público y está claro que el contrato de concesión minera que dio origen al litigio resuelto mediante el laudo que se acusa, se encuentra gobernado por un régimen especial de derecho público como ha sido demostrado, razón por la cual y en virtud de carácter restrictivo y extraordinario que caracterizan el recurso de anulación, lo cual impone que las causales estén previamente determinadas en la ley de manera taxativa, resultaría improcedente, en el caso concreto, invocar la referida causal.

Los anteriores razonamientos, son suficientes para declarar la no prosperidad del cargo.

Tercer cargo: Falta de competencia del Tribunal porque las pretensiones de INGEOMINAS no estaban sujetas a la decisión de los árbitros

Como fundamento del cargo adujo que INGEOMINAS no era parte del contrato de compromiso ni de la conciliación y que nunca se le había cedido dicho contrato, razón por la cual el Tribunal no tenía competencia para decidir las pretensiones formuladas por esta entidad, concretamente las pretensiones 4, 5, 15, 16 y 19 y la subsidiaria de la 17 principal.

También sostuvo que la cesión del contrato de compromiso no era posible, puesto que Minercol solo podía ceder los contratos que había celebrado por delegación del Ministerio de Minas, los demás debían permanecer en la liquidación de MINERCOL y como el contrato de compromiso no se celebró por delegación del Ministerio de Minas, no podía transferirse a INGEOMINAS.

Destacó que aunque INGEOMINAS tomó el lugar de MINERCOL en el contrato minero, era necesario que cediera, por aparte, el contrato de compromiso, en razón de la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato celebrado toda vez que el contrato de compromiso no es accesorio del contrato minero, sino principal.

Consideraciones de la Sala.

Para adelantar el examen del cargo de falta de competencia del Tribunal para despachar las pretensiones formuladas por INGEOMINAS, por no ser ésta parte del contrato de compromiso, se deberán consultar las normas que hicieron parte del proceso de reestructuración de INGEOMINAS y de liquidación de MINERCOL LTDA.

Previamente a dicho proceso el Ministerio de Minas y Energía, como autoridad minera, había delegado sus funciones a MINERCOL LTDA, por Resolución No. 18-1130 de 7 de septiembre de 2001; posteriormente expidió la Resolución No. 18-0073 de 27 de enero de 2004, mediante la cual reasumió las funciones que le había delegado a dicha entidad y expidió la Resolución No. 18-0074 del 27 de enero de 2004 delegando las mismas funciones a INGEOMINAS, las cuales amplió posteriormente, mediante Resolución No. 18-0602 de 26 de mayo de 2004.

A su vez, el Ministerio de Minas y Energía mediante Decreto 252 del 28 de enero de 2004, reestructuró el Instituto Colombiano de Geología y Minería- INGEOMINAS- y por Decreto 254 de la misma fecha, ordenó la supresión, disolución y liquidación de la Empresa Nacional Minera Limitada, -MINERCOL LTDA-, respectivamente.

El Decreto 252 de 2004, en su artículo 4º, le asignó, a INGEOMINAS, entre otras funciones, la de participar en la administración de los recursos mineros, por delegación del Ministerio de Minas y Energía como autoridad minera.

Por su parte el Decreto 254 de 2004, en su artículo 27, estableció que no formaban parte del patrimonio de MINERCOL LTDA., en liquidación los siguientes:

“7. Los contratos, convenios y proyectos que Minercol Ltda. haya suscrito y ejecute en ejercicio de las funciones delegadas por el Ministerio de Minas y Energía, así como los recursos a ellos asignados, los cuales serán subrogados a la entidad que el Ministerio de Minas y Energía determine. Minercol Ltda. en Liquidación y el subrogatario, adelantarán todas la actuaciones necesarias para dar cumplimiento a lo aquí previsto.

***Parágrafo.** El Ministerio de Minas y Energía y la entidad que éste designe, en coordinación con la Empresa Nacional Minera Ltda., en Liquidación, Minercol Ltda., en liquidación, determinarán los bienes afectos y que se requieran para la prestación del servicio minero.*

Fue así como mediante el Decreto 254 de 2004, INGEOMINAS se subrogó en todos los contratos y derechos de MINERCOL en liquidación y por supuesto en el contrato minero No. 078 de 1988, y mediante las Resoluciones 18-0074 de 27 de enero de 2004 y 18-062 de 26 de mayo de 2004, le fueron delegadas expresamente por el Ministerio de Minas y Energía, las funciones de administración de los recursos mineros de las cuales era titular MINERCOL.

Quiere decir que INGEOMINAS, en virtud de norma legal, se subrogó³⁶ en todos los derechos y obligaciones que tenía MINERCOL en liquidación, respecto del contrato minero No. 078 de 1988, y uno de sus derechos era acudir ante la justicia arbitral en procura de la defensa de sus intereses, toda vez que en virtud del contrato de compromiso suscrito el 18 de mayo de 1999, por MINERCOL, en ejercicio de las funciones delegadas, los conflictos que surgieran del contrato minero No 078 de 1998, en cuanto respecta a la materia arbitrable definida por las partes, debían ser sometidos al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento.

Que el contrato de compromiso sea autónomo y no accesorio del contrato minero 078, resulta irrelevante, puesto que lo verdaderamente importante es que a través de la subrogación efectuada por mandato legal INGEOMINAS, se colocó en el lugar de MINERCOL en liquidación y como tal, se encontraba facultada para ejercer los mismos derechos que ésta tenía, entre ellos el de acción frente al contrato No. 078 de 1988, suscrito con DRUMMOND LIMITED y siendo así, no existe razón alguna que justifique la exigencia del recurrente en cuanto señala que INGEOMINAS debía suscribir de nuevo un contrato de compromiso con DRUMMOND para poder convocar un Tribunal de Arbitramento y así poder formular sus pretensiones en defensa del contrato en el cual es parte.

³⁶ La figura de la subrogación, consagrada en la ley civil "consiste en la sustitución jurídica de una cosa por otra, o de una persona por otra. Si lo primero, se dice que la subrogación es real; si lo segundo, que es personal". Hay subrogación personal "en todos los casos en que una persona reemplaza a otra en uno o más derechos y obligaciones" (Ospina Fernández Guillermo, Régimen General de la Obligaciones, Editorial Temis, octava Edición, Bogotá, 2005, Pag. 355.

Luis Claro Solar afirma que la subrogación es personal "cuando una persona es sustituida a otra y es llamada a reemplazarla y ocupar su sitio y lugar para ejercer sus derechos y acciones. Definida de esta manera, la subrogación personal comprende todos los casos en que una persona sucede a otra y se encuentra substituida en sus derechos y acciones con facultad de ejercerlas en su interés personal." (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones III, Imprenta Nascimento, Santiago de Chile 1939, pág. 213.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de noviembre de 1935, precisó que "la subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado."

Cabe señalar, como lo hizo el Ministerio Público, que bajo el marco normativo que fue reseñado, el contrato de compromiso suscrito entre MINERCOL y DRUMMOND quedó en la órbita del INGEOMINAS en virtud de la subrogación efectuada por el Ministerio de Minas, así no lo hubiere suscrito, toda vez que dicho contrato fue suscrito por MINERCOL como autoridad minera, en virtud de las facultades delegadas por el mismo Ministerio.

Así las cosas, el cargo formulado no está llamado a prosperar.

Quinto cargo. El laudo concedió más de lo pedido por los actores y se fundó en una causa distinta y opuesta a la planteada en la demanda.

La recurrente invocó un cargo más con fundamento en el texto final de la causal 4ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilada por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, referido a: “*haberse concedido más de lo pedido*”.

Como sustento del cargo la parte impugnante manifestó que el Tribunal al hacer sus declaraciones se fundó en una causa que no fue propuesta por los demandantes al haber tenido como fundamento para su decisión la alusión a que hace la cláusula 2.3. (Anexo E) del contrato de transporte, a las tablas 2 y 3 como integrante de la tarifa básica por tonelada, y en particular a la creación de la tabla 3 con “ajustes por garantía de volumen” y de esta manera determinó que en ciertas condiciones podía haber una reducción en la tarifa básica por tonelada, pero que esta no fue la causa en la cual los demandantes fundaron sus pretensiones.

Consideraciones de la Sala.

De la simple lectura del cargo se advierte que la censura pretende cuestionar la valoración probatoria y el análisis jurídico adelantado por el Tribunal de Arbitramento para tomar sus decisiones.

La recurrente, pretende vía el recurso de anulación abrir el debate de fondo, como si se tratara de una segunda instancia, para que se estudie de nuevo la problemática de la tarifa básica por tonelada y el costo efectivo de transporte, conceptos que inciden de manera importante en el monto de la regalía que

DRUMMOND debe pagar al Estado, aspectos que no comparte por las incidencias económicas que el fallo tiene.

El recurso de anulación dada su naturaleza excepcional de carácter restrictivo y extraordinario, no fue instituido para revisar aspectos sustanciales del laudo “*errores in iudicando*” y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir si hubo errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, puesto que el recurso de anulación ataca la decisión contenida en el laudo arbitral por errores “*in procedendo*” en que haya incurrido el Tribunal de Arbitramento y por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, mediante los cuales se pretenda establecer si obró conforme al derecho sustancial o si dejó de valorar algunas pruebas o las valoró incorrectamente.

En este orden de ideas se evidencia falta de técnica en la formulación del cargo, circunstancia que conduce a denegar su prosperidad.

4.2 La causal contenida en el numeral 3º del artículo 72, de la Ley 80 de 1993. (Corresponde a la causal prevista en el numeral 3º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998).

Cuarto Cargo Contener la parte resolutive del laudo [errores aritméticos o] disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal.

Para el análisis del cargo formulado en contra el laudo arbitral, con fundamento en la causal prevista en el numeral 3º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, resulta pertinente precisar su alcance y contenido a la luz de la ley y la jurisprudencia que existe sobre la materia.

La causal consagra dos supuestos diferentes, uno referido a los errores aritméticos, aspecto que no es cuestionado por el recurrente y otro que alude a las disposiciones contradictorias contenidas en la parte resolutive del laudo, asunto sobre el cual versará el análisis.

El legislador previó el cumplimiento de determinados requisitos para la procedencia de esta causal de anulación, entre ellos los siguientes: i) que el laudo contenga disposiciones contradictorias; ii) que dichas contradicciones hagan imposible el cumplimiento de la sentencia por contener decisiones opuestas que

se excluyen abiertamente entre si ii) que las contradicciones se presenten en la parte resolutive de la sentencia y iv) que la irregularidad del fallo haya sido puesta en conocimiento del Tribunal de Arbitramento, oportunidad que no puede ser otra que aquella prevista para solicitar la aclaración³⁷ o corrección del laudo.³⁸

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁹ ha precisado que se configura esta causal *“en el evento de que la parte resolutive de la sentencia contenga declaraciones o disposiciones contradictorias; pero estas contradicciones deben ser tales que se haga imposible la ejecución simultánea de todas las resoluciones de la sentencia.”*

En el mismo sentido ha sostenido que *“solo cuando la sentencia contenga resoluciones encontradas, de tal manera que se haga imposible la ejecución simultánea de las mismas, se abre paso la impugnación, pues tiene sentado la doctrina de la Corte que la mencionada causal implica lógicamente la coexistencia de disposiciones en que se afirme una cosa y en otra se niegue, en forma que haga imposible la ejecución simultánea de los ordenamientos judiciales”*⁴⁰

Es evidente que la causal está limitada a los errores y contradicciones que se presentan en la parte resolutive del laudo y, por lo tanto, no resulta procedente invocar la causal cuando aparezcan contradicciones entre la parte motiva y la resolutive. Al respecto ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴¹:

³⁷ El artículo 309 del C. de P. C. modificado por el artículo 1, numeral 139 del Decreto 2282 de 1989, prescribe: *“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella. (...)”*

³⁸ El artículo 310 del C. de P. C. (modificado por el artículo 1, numeral 140 del Decreto 2282 de 1989) establece el deber del juez de corregir errores aritméticos y de otra índole en los fallos dictados. El nuevo texto es el siguiente:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión. Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1. y 2. del artículo 320.
Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de julio de 1975

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de octubre de 1976.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de 10 de mayo de 1994, Exp. 8004.

“Esta causal se circunscribe a la parte resolutive del fallo e implica que en ella misma existan disposiciones opuestas que tendrían el efecto de impedir su ejecución. No puede por esta vía el recurrente alegar presuntas contradicciones entre las motivaciones del laudo y las resoluciones que el mismo contiene, con el objeto de lograr una decisión distinta de la acogida en el mismo.” (No lo subraya el texto)

En relación con los requisitos que deben cumplirse para que proceda la causal que se examina, la Sala en sentencia de 14 de abril de 2005⁴² sostuvo lo siguiente:

“Recuerda la sala que la procedencia de la causal tercera del art. 72 de la ley 80 de 1993 (num. 7º art. 38 del decreto ley 2279 de 1989; num. 7º art. 163 del decreto 1818 de 1998), está condicionada a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la decisión, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago”⁴³ y a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.⁴⁴ (Subrayado de la Sala)

En posterior pronunciamiento, la jurisprudencia de la Sala⁴⁵ sobre el mismo tema determinó:

“En particular, esta causal contiene dos supuestos perfectamente diferenciados. De un lado, debe tratarse de errores aritméticos y, de otro lado, debe tratarse de disposiciones contradictorias.

Las dos circunstancias descritas en la causal deben presentarse en la parte resolutive del laudo arbitral, por lo que, no es posible estructurarla cuando los errores o las contradicciones se presentan en la parte motiva de la decisión, o entre la parte motiva y la resolutive.

De otro lado, la ley establece una condición adicional para que proceda la invocación de la causal. Los errores y/o las contradicciones se deben alegar, oportunamente, ante el propio Tribunal de arbitramento, lo que configura un requisito de procedibilidad del recurso. En caso de presentarse alguna de las dos circunstancias descritas, sólo se podrán alegar en el recurso si fueron discutidas previa y oportunamente ante el Tribunal de arbitramento.”(Subrayado no es del original)

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 25489.

⁴³ Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, Exp. C-4851 (S-070-98) Corte Suprema de Justicia.

⁴⁴ A este respecto puede consultarse la sentencia proferida por esta Sección el 6 de junio de 2002; expediente 20634.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006, Exp. 29703.

Hechas estas precisiones de orden legal y jurisprudencial en relación con la causal prevista en el numeral 3º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilada por el mismo numeral del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, procede la Sala a examinar el cargo formulado.

4.2.1 El estudio del cargo formulado.

El cargo formulado con fundamento en la causal a que se viene haciendo referencia, fue estructurado por el recurrente con los siguientes argumentos:

Señaló que el Tribunal al rechazar la pretensión 10, explicó que el concepto “costo efectivo de transporte” era un concepto “*metacontractual*” que no podía usarse para hacer declaraciones sobre reducciones en el monto deducible o sobre aumento de las regalías y, en consecuencia, tenía que rechazar todas las pretensiones sustentadas en dicho concepto y así lo hizo con las pretensiones 10 y 12 principal y las 12 y 16 subsidiarias, salvo una excepción, al acoger en el ordinal duodécimo del laudo, la pretensión 11 de la demanda en la cual la parte actora sostenía que la reducción en el costo efectivo del transporte era causa de una reducción de la tarifa básica por tonelada.

Agregó que esta decisión del Tribunal contradijo el análisis hecho en la parte motiva del laudo acerca del concepto de “costo efectivo de transporte” y las demás partes del laudo en donde el Tribunal rechazó todas las pretensiones fundadas en este mismo concepto y con el fin de evitar la contradicción afirmó que las referencias al “*costo efectivo de transporte*” que contenía la pretensión 11, eran “*marginales*”, declaración que no es suficiente para salvar la contradicción en que incurrió el laudo porque en derecho la naturaleza de las cosas no cambia por el nombre que se les de.

Que como consecuencia de las contradicciones que presentaba el laudo, resultaba imposible cumplirlo por cuanto si las partes querían acatar una de sus decisiones resultarían por razón de la contradicción desacatando otra o sacrificando los derechos que otra les concede. (Fls. 672 a 692, cd. ppal. C. Edo.)

Consideraciones de la Sala.

En cuanto al requisito de procedibilidad exigido por la norma, el mismo debe entenderse cumplido, toda vez que la empresa recurrente solicitó dentro de la oportunidad legal, la aclaración del laudo en relación con el referido numeral duodécimo del laudo. (Fls. 373 a 379, cd. Ppal. 5B)

El Tribunal resolvió su solicitud de aclaración en los siguientes términos:

“Por lo demás, la argumentación y los supuestos de los que parte el solicitante, obedecen a una interpretación que involucra juicios sobre los elementos tangenciales y sobre los sustanciales del escrito de convocatoria, así como sobre una sinonimia de términos que no tiene base ni en el texto del laudo y que constituye un nuevo debate sobre aspectos del litigio que ya fueron resueltos y que, por tanto, no pueden ser objeto de pronunciamiento con ocasión de las aclaraciones y complementaciones.

La modificación de la tarifa produjo unos efectos que bajo la calificación de prácticos fueron reconocidos en la parte resolutive del laudo en relación con una específica pretensión que, por lo demás el memorialista ha indicado claramente como la número 11, razón por la cual no encuentra el tribunal necesidad alguna de aclarar lo que ya dejó expuesto al analizar la mencionada pretensión, a folios 123 y 124 del laudo (Fl. 385, cd. ppal 5B)

Para mejor ilustración del asunto, conviene poner de manifiesto la decisión que según el recurrente, generó la presunta contradicción del laudo, numeral duodécimo, cuyo texto es el siguiente:

DUODÉCIMO.- *Declarar que está probado que la segunda modificación al Contrato Operacional para Transporte privado, celebrada el 3 de marzo de 1999 introdujo a dicho acuerdo ajustes en relación con las garantías sobre volúmenes transportados cuyo efecto práctico es la disminución de la tarifa básica por tonelada a cargo de DRUMMOND, pero sin que tal declaración implique la referencia tangencial que se hace en la pretensión a un costo efectivo de transporte.*

En los argumentos expuestos para sustentar el cargo, el recurrente no hizo precisión alguna sobre cuál o cuáles eran las decisiones contenidas en la parte resolutive del laudo que resultaban abiertamente opuestas con la decisión plasmada en el numeral duodécimo transcrito, de tal manera que hiciera imposible dar cumplimiento al fallo.

Mas bien se evidencia de la argumentación expuesta para atacar el laudo, que el recurrente expresa su inconformidad con el análisis efectuado por el Tribunal en relación con los efectos que tuvo, en el contrato minero, la segunda modificación

al contrato operativo de transporte privado, juicio de valor que no puede ser atacado mediante el recurso de anulación, puesto que el sentido del recurso de anulación es el de estudiar errores in procedendo y, por tanto, bajo dicha causal no pueden discutirse inconformidades sustanciales con el laudo proferido, ni controvertirse las argumentaciones de la parte motiva, so pretexto, de que inciden en la parte resolutive del laudo.⁴⁶

Cabe destacar que el recurrente expresamente señaló que la decisión del Tribunal contradijo el análisis hecho en la parte motiva del laudo acerca del concepto de “*costo efectivo de transporte*, es decir, que la contradicción que advierte no está referida a dos o mas decisiones contenidas en la parte resolutive sino al análisis efectuado por el Tribunal en la parte motiva del laudo, supuesto que no contempla la ley para que se configure la causal de anulación del laudo y que tampoco podría ser modificada.

Al respecto ha señalado la jurisprudencia de la Sala⁴⁷ que la falta de congruencia entre la parte resolutive y la parte motiva no es, en principio, causal de nulidad de un laudo. La incongruencia, que hace anulable el laudo se predica respecto de disposiciones contradictorias en la parte resolutive y se justifica, en tales casos, la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas.

De nuevo el recurrente pretende a través del recurso de anulación abrir el debate de fondo de la litis olvidando que este medio de impugnación es extraordinario y excepcional y que solo procede para atacar *errores in procedendo* que se presenten en el laudo, pero en manera alguna, para debatir aspectos sustanciales que corresponden al análisis probatorio y fáctico efectuado por el juez.

El cargo no está llamado a prosperar y así será declarado.

4.3 La causal contenida en el numeral 5º del artículo 72, de la Ley 80 de 1993. (Corresponde a la causal prevista en el numeral 5º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998).

“No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2006, Exp. 29704

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

La causal enunciada también se encuentra estructurada en el artículo 305 del C. de P. C. , el cual impone, en virtud del principio de congruencia, que las decisiones del juez, materializadas en la sentencia, guarden total consonancia con las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones propuestas en su contestación.

Igualmente encuentra fundamento en el artículo 304 del C. de P. C., norma según la cual, la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, las costas y perjuicios a cargo de las partes.

Ya se había analizado en esta providencia, al examinar la causal prevista en el numeral 4º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, las situaciones que podían dar lugar a un fallo “*ultra petita*” y *extrapetita*; corresponde ahora, examinar el escenario opuesto, es decir, cuando el juez deja de resolver sobre lo pedido, fallo “*citra petita*”.

La jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado sobre la naturaleza y alcance de la causal contenida en el numeral 5º del artículo 72 del Estatuto contractual que corresponde a la misma consagrada en el numeral 5º del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998. Así ha entendido que “*la causal invocada se refiere a la citra o mínima petita, que procede en aquellos eventos en que el laudo arbitral deja sin resolver las pretensiones de la demanda, es decir, no cumple con la función de decidir la controversia, por lo cual el litigio subsiste respecto de los puntos no decididos*”⁴⁸.

También precisó la Sala que la inconsonancia que configura la causal que se estudia, se produce cuando en el laudo se omite la decisión relativa a alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (*citra petita*) y se establece mediante un proceso comparativo entre aquellas y lo resuelto por el fallador⁴⁹.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 2004, Exp. 25759, en igual sentido las sentencias de 4 de abril de 2002, Exp. 20356 y de 2 de marzo de 2006, Exp. 29703.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22526

Igualmente, ha precisado que cuando el laudo ha sido impugnado por presentar *minima petita*, no necesariamente deberá anularse sino que podrá adicionarse en el extremo no decidido. A continuación se citan los apartes pertinentes:

“Por otra parte, explican tales reflexiones que el defecto aludido, cuando se presenta por mínima petita, no vicia de nulidad la sentencia, ni siquiera parcialmente; sólo obligará al juez de la casación a efectuar la corrección necesaria. Por ello, también constituye un remedio para tal defecto, en el caso indicado, la adición de la sentencia, que puede solicitarse dentro del término de ejecutoria de la misma, conforme al artículo 311 del C. de P. C., o al interponer el recurso de apelación. Tratándose de la anulación del laudo arbitral, el tema no ofrece duda alguna, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, cuando prospera la causal 9ª del artículo 38 del mismo decreto -correspondiente a la causal 5ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993-, entre otras, el laudo no se anulará, sino que se adicionará.”⁵⁰ (Subrayado no es del texto original)

Con el fin de establecer si en realidad se presenta inconsonancia en el laudo por no haber decidido sobre algunas de las cuestiones sometidas a conocimiento de los árbitros, resulta necesario examinar las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones propuestas como medio de defensa para compararlas con la decisión impugnada.

4.3.1 El análisis de los cargos formulados.

Con fundamento en esta causal el recurrente formuló cuatro cargos contra el laudo del 8 de agosto de 2007 y el auto complementario de 27 de agosto del mismo año, por no haber decidido sobre los siguientes puntos: i) la demanda de reconvención; ii) la solicitud de aclaraciones; iii) el argumento sobre la conducta de las partes frente a los factores reductores y iv) las pruebas nuevas relativas a la competencia del Tribunal.

La sala abordará por separado el examen de cada una de las acusaciones presentadas contra la decisión de los árbitros.

Sexto cargo. El laudo no decidió sobre la demanda de reconvención.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Exp.28308.

El fundamento del cargo tiene que ver con el rechazo que el Tribunal hizo de la demanda de reconvención la cual tenía como asunto principal, la declaratoria del incumplimiento del contrato de compromiso, (no la competencia del Tribunal) porque según el impugnante, las partes se habían comprometido a no litigar de nuevo la “materia arbitral” ante otro Tribunal ni ante los jueces, pero que el Tribunal rechazó la demanda con fundamento en que las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención estaban orientadas a que el Tribunal declarara que el contrato de compromiso se agotó y, en consecuencia, no existía materia susceptible de ventilarse ante el Tribunal, tema que hacía parte de la contestación de la demanda.

Manifestó que aunque en el contrato de compromiso y en la conciliación, lo pertinente al incumplimiento de dicho compromiso no hacía parte de la materia arbitrable, por mandamiento de la ley podía entenderse como tal, algunas de las controversias que las partes no mencionaron en forma explícita. A continuación criticó la posición del Tribunal al haber señalado, de una parte, que la materia no hacía parte del contrato de compromiso, pero a la vez advirtió que este tema ya figuraba en la contestación de la demanda, asunto que le correspondería definir como parte de la litis. (Fls. 700 a 707, cd. ppal. C Edo.)

Consideraciones de la Sala.

Observa la Sala que efectivamente la empresa Drummond presentó demanda de reconvención en memorial radicado el 19 de octubre de 2005 (fls. 316 a 331, cd. Ppal. 1), demanda que fue rechazada por el Tribunal de Arbitramento en auto No. 6 del 18 de noviembre de 2005 (fls. 352 a 355, cd. ppal 1) con el argumento de que los asuntos planteados en ella, referidos al incumplimiento del contrato de compromiso, no hacían parte de la materia arbitrable, pero que en todo caso los mismos argumentos, encaminados a demostrar el agotamiento del contrato de compromiso, hacían parte de la contestación de la demanda, aspecto que sería resuelto dentro del trámite arbitral.

Contra el auto referido, que le fue notificado en estrados, la empresa Drummond interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto por el Tribunal, en auto No. 7 de la misma fecha, confirmando el auto recurrido. (Fls. 360 a 361, cd. ppal 1)

Como quiera que la demanda de reconvención fue rechazada y la decisión quedó en firme al momento de resolver el recurso de reposición y cumplir con su notificación, resulta claro que las pretensiones formuladas en ella no podían ser despachadas en el laudo arbitral, sencillamente porque no hicieron parte de la materia litigiosa a resolver, en consecuencia, la causal invocada no puede aducirse como fundamento de la anulación del laudo.

De otra parte, al examinar el texto del contrato de compromiso y el acta de conciliación, mediante la cual se modificó, en parte alguna se lee que las partes se hubieren comprometido a no litigar de nuevo la “materia arbitral” ante otro Tribunal ni ante los jueces, como lo sostiene el censor para fundamentar el incumplimiento del compromiso, apreciación que corresponde a un criterio eminentemente subjetivo pero no demostrable.

El cargo carece de sustento jurídico y fáctico, razón por la cual será denegado, sin que sea necesario entrar en más consideraciones.

Séptimo cargo. El laudo no decidió sobre la solicitud de aclaraciones.

La queja planteada tiene que ver con la no respuesta del Tribunal de Arbitramento a la siguiente pregunta “...instruir a Drummond acerca de ¿Cómo puede reconocer que ha tenido lugar una reducción en la denominada “tarifa básica de transporte”?, sobre la cual señala el recurrente, que el Tribunal tenía obligación de responderla por ser indispensable para evitar en el futuro nuevas controversias y para el cumplimiento mismo del laudo. Agregó que la falta de respuesta del Tribunal, impide que Drummond pueda determinar la eventual reducción en la “tarifa básica por tonelada” con base en el “costo efectivo de transporte” asunto que resulta indispensable para establecer cómo puede reconocerse hacia futuro que hubo lugar a una reducción en la tarifa.

Adicionalmente señaló que no podía tenerse como respondida su pregunta, en la forma en que el Tribunal atendió su solicitud de aclaración. (Fls. 707 a 710, cd. ppal. C. Edo.)

Consideraciones de la Sala

Al examinar el expediente, se advierte que efectivamente, la parte convocada solicitó correcciones y aclaraciones al laudo arbitral, en memorial presentado el 15

de agosto de 2007 (fls. 373 a 379, cd, ppal 5). El asunto fue atendido por el Tribunal de Arbitramento según obra en el Acta No. 41 de 27 de agosto de 2007.

En efecto, en la audiencia celebrada en esa fecha, el Tribunal mediante auto complementario respondió las solicitudes de corrección de errores aritméticos y de aclaraciones formuladas al laudo por parte de Dummond. Así, se advierte que en el numeral 4º, ordinales B y C, el Tribunal absolvió las inquietudes referidas a las presuntas contradicciones del laudo que fueron planteadas por Drummond en relación con el concepto de costo efectivo, y accedió a la primera solicitud de aclaración pero negó las demás. (fls. 380 a 388, cd ppal 5B)

El propio censor reconoce en su escrito de impugnación que el Tribunal le dio la siguiente respuesta a su pregunta (fl. 709, cd. C. Estado): “ *En efecto el laudo es claro en indicar que cuando existe una reducción en la tarifa básica de transporte-fl. 133- se producen los efectos económicos que con claridad se expusieron en la providencia. Nada tiene que interpretarse o explicarse frente al concepto de “costo efectivo de transporte”, ni nada que tenga que ver con cualquiera que sea la idea que se tenga sobre ese concepto puede afectar el cumplimiento de la providencia*” (fl. 386, cd. ppal 5 B).

Pero además conviene hacer referencia a otro aparte del auto de aclaración del laudo que resuelve el mismo tema, en el cual se lee lo siguiente: “*Al igual que en el hecho anterior, el memorialista, separándose de lo que el laudo expresó (folios 123, 124, 125 y 133 entre otros), plantea en estos puntos argumentos, suposiciones y juicios que son ajenos al texto del laudo. Para el Tribunal no existe confusión y menos contradicción, que requiera un pronunciamiento dentro de esta etapa del proceso. Nuevamente se aprecia que el apoderado acude a nuevos argumentos que no fueron parte del proceso, para intentar un nuevo debate sobre temas que fueron decididos en el laudo y que por lo tanto no pueden ser objeto de aclaración.*”

Lo anterior evidencia que el Tribunal de Arbitramento sí respondió a las solicitudes formuladas por el recurrente y así lo plasmó en el auto complementario del laudo, situación muy diferente es que éste no comparta las apreciaciones expuestas por el Tribunal por no ser favorables a sus intereses y ante esta inconformidad pretenda, mediante el recurso de anulación, abrir de nuevo el debate sobre el concepto de “costo efectivo” y “tarifa básica por tonelada”, por ser elementos que

tienen incidencia en el monto de la regalía que la empresa Drummond debe pagar al Estado.

Se reitera que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia para debatir asuntos sustanciales del fallo, puesto que la finalidad que ha previsto la ley para este medio extraordinario de impugnación, es el de corregir *errores in procedendo* que vicien el laudo.

El cargo así formulado, carece de fundamento.

Octavo cargo. El argumento sobre la conducta de las partes frente a los factores reductores.

El recurrente señaló en este cargo que el Tribunal no había tenido en cuenta para nada, ni siquiera para rechazarlo, el argumento expuesto por Drummond en cuanto que en el pasado Minercol consideró que ajustes similares a los consignados en la segunda modificación al contrato de transporte tales como los llamados “factores reductores” no disminuían el “monto deducible” ni aumentaban la suma a pagar por Drummond por concepto de regalías, tampoco tomó en cuenta las pruebas aportadas para sustentarlo, omisión que considera lesiva del derecho al debido proceso.

Explicó el recurrente que se trataba de un argumento trascendente el cual había sido expuesto en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, puesto que con la suscripción del acuerdo el 17 de enero de 1996, aunque se mantenían las tarifas básicas, se tenían en cuenta ciertos factores reductores para disminuir el valor de las facturas que presentaba Ferrovías a Drummond, pero que pese a que se permitió a Drummond reducir sus desembolsos efectivos, las partes entendieron que tal hecho no daba lugar a reducir el “monto deducible” y aumentar las regalías.

Precisó que los “*factores reductores*” desaparecieron del contrato de transporte con ocasión de la segunda modificación. En su lugar, y como contraprestación a los nuevos riesgos que asumió Drummond al garantizar el transporte de cantidades determinadas al año, se establecieron los “ajustes por garantía del volumen”.

Señaló que los argumentos y pruebas debieron ser examinados por el Tribunal para hacer algún pronunciamiento sobre ellos. (Fls. 710 a 714, cd. ppal. C. Edo).

Consideraciones de la Sala

Los argumentos expuestos por el recurrente confirman su interés en cuestionar la valoración fáctica y probatoria efectuada por el Tribunal de arbitramento para tomar sus decisiones, aspecto que se encuentra proscrito en la técnica del recurso de anulación.

El recurso de anulación ha sido concebido por el legislador con la finalidad de corregir yerros del procedimiento y excepcionalmente para corregir errores aritméticos o de cálculo o para subsanar alguna omisión del laudo, evento en el cual procede su complementación; pero el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia no puede convertirse en segunda instancia para juzgar el laudo por errores in iudicando y así modificar sus decisiones por el sólo hecho de no estar de acuerdo con sus conceptos o los juicios de valor sobre la prueba y los elementos fácticos controvertidos, o por la aplicación de la ley material.

Así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala tal como fue indicado en esta providencia al establecer la naturaleza y características del recurso de anulación.

Con esta lógica se impone ordenar la no prosperidad del cargo.

Noveno cargo. El tribunal no examinó las pruebas nuevas y además negó su existencia.

El argumento expuesto en el cargo formulado alude a que en el momento de la contestación de la demanda Drummond había aportado 3 pruebas para fundamentar sus alegaciones sobre la interpretación común de las partes en cuanto que el contrato de compromiso y la conciliación permitían tan solo la convocatoria de un proceso arbitral y no varios, documentos a los cuales se refirió el Tribunal al asumir competencia, pero que luego, durante el desarrollo del proceso había aportado otras 13 pruebas documentales que confirmaban sus aseveraciones puesto que excluían la posibilidad de un nuevo arbitramento, a las

cuales se refirió en el alegato de conclusión, pero que el Tribunal no consideró al dictar el laudo y por el contrario, sostuvo que no existía prueba alguna diferente a la que sirvió de fundamento para definir la competencia. (Fls. 714 a 717, cd. ppal. C. Edo.)

Consideraciones de la Sala.

Expresamente el recurrente manifiesta como motivo de impugnación del laudo la presunta omisión del Tribunal de Arbitramento, en la valoración de parte de la prueba que fue allegada al expediente, aspecto que como ya se dijo, escapa a la órbita de competencia del juez de anulación, por cuanto no está facultado para corregir errores “*in iudicando*” que puedan presentarse en el laudo.

El cargo no tiene vocación de prosperidad.

5. Condena en costas.

El artículo 129 de la Ley 446 de 1998, compilado por el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 (modificatorio del artículo 40 del Decreto 2279 de 1989), en su inciso 3º, dispone de manera especial para el recurso de anulación contra laudos arbitrales que “*Cuando ninguna de las causales invocadas prospere se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente*”.

Por su parte, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo (modificado por la Ley 446 de 1998, en su artículo 55) y el párrafo 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, establecen que para imponer la condena en costas se exige la valoración de la conducta asumida por las partes, con el fin de establecer si se presenta temeridad.

Como quiera que los artículos 129 de la Ley 446 de 1998 y 165 del Decreto 1818 de 1998, regulan de manera especial el tema del arbitramento y como parte de él, lo relativo al recurso de anulación que procede contra el laudo arbitral dictado por los Tribunales de Arbitramento, debe llegarse a la conclusión que estas disposiciones legales prevalecen sobre los mandatos del Código Contencioso Administrativo y la ley 80 que regulan el mismo tema de las costas en el trámite de los procesos ordinarios.

Con esta lógica debe entenderse que cuando se trata del recurso de anulación contra laudos arbitrales no se exige valorar si la parte recurrente obró con

temeridad o mala fe al interponer el recurso, para proceder a la imposición de las costas, pues tan sólo basta que las causales que han sido invocadas no prosperen, independientemente de la conducta asumida.

Sucede que el asunto sub lite, la recurrente es la empresa DRUMMOND LIMITED como convocada y, por lo tanto, la obligada a pagar las costas que se deriven de la interposición del recurso de anulación para la otra parte de la contienda.

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

FALLA:

PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por la empresa DRUMMOND LIMITED -DRUMMOND-, contra el laudo arbitral proferido el 8 de agosto de 2007, por el Tribunal de Arbitramento convocado por MINERCOL LTDA, en liquidación y el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA -INGEOMINAS- para dirimir las controversias surgidas con ocasión del contrato No. 078 de 1988, celebrado el 23 de agosto de 1988.

SEGUNDO.- SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la Empresa DRUMMOND LIMITED, recurrente y convocada en el trámite arbitral, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA