

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia del Consejo de Estado. Regulación normativa

La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, originados en contratos estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los artículos 128.5 CCA y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007. En este evento, se está en presencia de un contrato de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva en un área de servicio exclusivo, pues si bien son contratos regulados, en principio, por las normas del derecho privado, no por ello pierden su naturaleza de contratos estatales. En efecto: El Ministerio de Minas y Energía, para celebrar el Contrato de Concesión Especial, utilizó la figura del Área de Servicio Exclusivo a la cual se refieren los artículos 40 y 174 de la ley 142 de 1994. Que de acuerdo con su naturaleza y la de la entidad contratante o concedente y la fecha en la cual fue suscrito, es un contrato estatal, cuyo régimen jurídico especial constituye una modalidad que se inserta en el régimen de la ley 142 de 1994, pero que conserva la índole estatal del negocio celebrado y se rige por la ley 142 de 1994 y las demás que la modifican, complementan o adicionan, así como las normas y regulaciones expedidas por la Comisión Nacional de Gas y Energía -CREG- que resulten aplicables, en virtud de lo dispuesto en las Clausulas 4, 5 del contrato y los artículos 73, 74 y 87 y siguientes de la ley 142; del mismo modo le resultan aplicables las disposiciones del derecho privado que no se contrapongan con las normas de la ley 142 y sus modificatorias, tal como lo señala esta ley 142 en sus artículos 31, 39.3 y parágrafo del 39. Igualmente la ley 1.107 de 2006, dispuso que esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad pública, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo hecho de ser la Nación – Ministerio de Minas y Energía parte en el proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción: De las normas anteriores se tiene que, tanto en vigencia del artículo 72 de la ley 80 de 1993, como con el artículo últimamente citado, la competencia para conocer de este recurso se radica en cabeza de esta Sección.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 128.5 / LEY 1107 DE 2006 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 39.3 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 40 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 73 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 74 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 87 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 174 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 230

RECURSO DE ANULACION - Naturaleza y alcance

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente: a) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. b) 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. c) Mediante el

recurso extraordinario 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 interpretación 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. d) 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. e) Los poderes del juez del recurso 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 permitido 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 extraordinario de anulación. f) 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.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia del 15 de mayo de 1992, exp. 5326; sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550; sentencia del 16 de junio de 1991, exp. 6751 y sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32871

LAUDO ARBITRAL - Causales de anulación / CAUSALES DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Regulación normativa aplicable para la expedición del laudo y y la interposición del recurso

Con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes. Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto

2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la administración pública. En consecuencia, como quiera que en el sub examine tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 10 de febrero de 2012 y 17 de febrero del mismo año, respectivamente, esto es cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 16 DE JULIO DE 2007 – ARTICULO 22 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 32 / DECRETO LEY 2279 DE 1989 - ARTICULO 38 / DECRETO 1818 DE 1998 – ARTICULO 230 - DECRETO 1818 DE 1998 – ARTICULO 163 /

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia del 24 de mayo de 2006, exp. 31024

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Contenido y alcance / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Hipótesis de configuración

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

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 8

NOTA DE RELATORIA: En relación con el contenido y alcance de la causal octava de anulación de laudo arbitral, consultar sentencia del 23 de agosto de 2001, exp. 19090; sentencia del 4 de abril de 2002, exp. 20356 y sentencia del 15 de mayo de 1992, exp. 5326

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Ministerio de Minas y Energía y Gases de Occidente S.A. ESP. / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 8 / CAUSAL OCTAVA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de

los árbitros o haberse concedido más de lo pedido / CAUSAL OCTAVA - Cargo no prospera. El laudo no incurrió en incongruencia

En el caso presente se encuentra que el recurrente alegó esta causal apoyado en el supuesto que se acaba de precisar, con fundamento en los aspectos que se retomarán a continuación, a cerca de los cuales la Sala hará el pronunciamiento respectivo en aras de determinar si están o no llamados a prosperar: Alega el actor el haberse incurrido en la cita causal en razón a que las pretensiones de la demanda estaban encaminadas a que se declarara la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Minas y Energía, por haber incumplimiento, supuestamente, de la obligación de aprobar el estudio del impacto de las modificaciones tributarias en las previsiones económicas de la Convocante o el incumplimiento de la obligación del Ministerio, de reparar directamente al Concesionario. (...) No encuentra la Sala razón objetiva alguna para acoger el señalamiento del recurrente, toda vez que la sola lectura y confrontación de las pretensiones de la demanda, las excepciones a la misma y el contenido de la parte resolutive del fallo resultan suficientes para corroborar que el laudo no incurrió en la incongruencia aludida.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 8

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA – Configuración / ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL – Junto con la causal novena de anulación constituyen una garantía al principio de congruencia

La causal se configura cuando el fallador incurre en un vicio in procedendo que se conoce normalmente como fallo citra petita y que consiste en que aquel no resuelve sobre todas las pretensiones que se le presentaron en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones que propuso el demandado o que encontró probadas. Para establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto. Esta causal y aquella de “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”, son expresión de la garantía al principio de congruencia de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989). En consecuencia, la misma se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es mínima o citra petita respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídica procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A.). Postulado de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. (...) esta causal de anulación (“no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”), debe ser analizada conforme a la 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 los árbitros como materia de conocimiento y decisión. De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo

y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 87 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 304 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 307 / DECRETO 2282 DE 1989 - ARTICULO 135.1 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 9

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Aplicación

El principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando decide sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita). Así mismo, este principio exige que el fallo de los árbitros recaiga sobre puntos que sean susceptibles de decisión, por ser materias constitucional y legalmente transigibles y que se encuentre dentro del objeto del pacto compromisorio que otorga la competencia a los árbitros para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes les han confiado para su decisión, de manera que los quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, se encuentran tipificados como hechos pasibles para la invocación de las causales previstas en la legislación para censurar estos eventos (numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numerales 4 y 5 del artículo 72- original- de la Ley 80 de 1993).

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38.8.9 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 9 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72

ARBITROS - Obligaciones

Los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado. Lo anterior con el objeto de que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión incurra la providencia en la citada causal de nulidad (numerales 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 38.8

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Decreto 1818 de 1998. Artículo 163. Numeral 9 / CAUSAL NOVENA - No haberse decidido sobre cuestiones sujetas la arbitramento / CAUSAL NOVENA DE ANULACION - No prospera. La decisión de los árbitros fue consonante con las pretensiones / CAUSAL

NOVENA DE ANULACION - La decisión tomada no infringió el principio de congruencia

Para la Sala no se estructura la referida causal, porque es evidente la interpretación efectuada por el Tribunal es acertada y lógica, la cual además encuentra sustento en los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda y al material probatorio allegado al proceso. En efecto: no es posible argumentar que como el Tribunal restringió el análisis del cambio legislativo a los años 1998 – 2006 y no lo extendió a toda la vigencia del contrato, lo cual conllevó a que el monto de los perjuicios se liquidara sobre el mismo periodo, ello conlleva a que aquel se hubiese dejado de pronunciar sobre asuntos sometidos a su consideración. En absoluto. Al pronunciarse el Tribunal de la manera como lo hizo, tiene sustento legal, “en la medida que se interpretó lo que se pretendía con la declaración de incumplimiento del Ministerio, por la omisión de pronunciarse sobre los estudios de impacto presentados por la concesionaria”, y dicho análisis debía hacerse y limitarse a los años en que aquella presentó los referidos estudios, pues extenderlo a límites diferentes sería cohonestar un pago de lo no debido y un enriquecimiento sin causa”. Es más, el Tribunal se pronuncia expresamente sobre la citada pretensión y expone las razones fácticas jurídicas por las cuales limita la condena al período comprendido entre los años 1998 y 2006 y que se referían al impacto sufrido por el Concesionario, como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del ministerio. (...) La decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones, sólo que su concordancia no puede determinarse en cuanto que se acceda totalmente a lo pedido. Hubo, como lo puso de presente en su concepto el Agente del Ministerio Público, un pronunciamiento respecto de la pretensión, sólo que ella acogió parcialmente la petición. En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad. Por lo tanto, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que la decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, DC., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00026-01(43456)

IMPUGNANTE: LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: RECURSO DE ANULACION

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por la Nación– Ministerio de Minas y Energía, contra el laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2012, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias presentadas entre Gases de Occidente S.A. ESP -en adelante la convocante- y la Nación – Ministerio de Minas y Energía -en adelante la convocada-, con ocasión de un contrato de Concesión especial, suscrito el 9 de mayo de 1997.

I. ANTECEDENTES

1. La cláusula compromisoria.

Se encuentra consignada en el contrato de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva en el área denominada Área del Valle del Cauca, suscrito el 9 de mayo de 1997, entre el ministerio de minas y energía y Gases del Norte del Valle S.A. ESP – hoy Gases de Occidente S.A. ESP -, en la cláusula 70, según la cual:

“CLÁUSULA 70: COMPROMISORIA.

“(…)”

3. *Cualquier diferencia que surja entre las partes contratantes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o para la cual este contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las siguientes reglas:*

La sede del tribunal será Santafé de Bogotá, D.C.

El Tribunal estará compuesto por tres (3) miembros, designados de común acuerdo por las partes.

Los árbitros decidirán en derecho.

El tribunal de arbitramento se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

4. *Para los casos en los cuales se requiera peritazgo técnico, el o los peritos serán escogidos por acuerdo entre las partes. Si no se lograra acuerdo sobre el particular, se solicitará la designación del perito o los árbitros.*

Las diferencias relacionadas con caducidad y terminación unilateral no podrán ser sometidas a arbitramento y serán dirimidas por la jurisdicción contenciosa administrativa”¹

¹ Fls 38 y 39. C. pruebas 1.

2. La demanda arbitral.

La convocante solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 2 de julio de 2009, la convocatoria a un tribunal de arbitramento.² Formularon las siguientes pretensiones principales y subsidiarias:

II. "PRETENSIONES PRINCIPALES GENERALES:

"1) PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que las modificaciones al régimen tributario introducidas durante la vigencia del contrato, afectaron las previsiones del concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la oferta, y hacen surgir en cabeza del concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión.

"PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el contrato de concesión frente a las afectaciones que sufriera el concesionario por modificaciones al régimen tributario, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

"PRETENSION TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que el incumplimiento por parte de la Nación – Ministerio de Minas y Energía de lo estipulado en el contrato de concesión en relación con la reparación de los impactos causados al concesionario por cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta ha ocasionado perjuicios al concesionario.

"PRETENSION CUARTA PRINCIPAL. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del contrato de concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el concesionario por los cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

"PRETENSION QUINTA PRINCIPAL. Que se ordene al Ministerio de Minas y Energía a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

"PRETENSION SEXTA PRINCIPAL. Que se condene al Ministerio de Minas y Energía al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho".

III.PRETENSIONES SUBSIDIARIAS GENERALES

"PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA. Que se declare que los cambios en

² Fls. 51 a 72, cdno. Principal No. 1-.

la legislación tributaria ocurridos durante la vigencia del contrato rompieron el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como consecuencia de ello, la situación del concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA. Que se declare que la fórmula del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del Contrato no recoge – y por ende, no remunera- los efectos de los cambios en la legislación tributaria en periodos superiores a un año, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al concesionario con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA. En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS, que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el Concesionario por las modificaciones al régimen tributario ocurridas durante la vigencia del contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA. En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS, que se condene a La Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria que el concesionario debió soportar y cuyo monto resulte probado en el trámite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar”.

IV. PRETENSIONES PRINCIPALES CONCRETAMENTE REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO.

“PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. Que se declare que con la expedición de la Ley 863 de 2003, mediante la cual se estableció el nuevo impuesto de patrimonio para los años gravables 2004, 2005 y 2006, se afectaron las previsiones del concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la oferta, y hacen surgir en cabeza del concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el contrato de concesión, frente a la afectación que se derivó para el concesionario de la expedición de la Ley 863 de 2003, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el contrato de concesión en relación con la reparación de los impactos causados al concesionario por la expedición de la Ley 863 de 2003 que estableció el nuevo impuesto del patrimonio, ha ocasionado perjuicios al concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del contrato de concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el concesionario por el establecimiento del nuevo impuesto del patrimonio ordenado por la Ley 863 de 2003, posterior a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar”.

V. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONCRETAMENTE REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO.

En subsidio de la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL RELATIVA AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO.

“PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. Que se declare que la expedición de la Ley 863 de 2003 que estableció el nuevo Impuesto al Patrimonio, ocurrida durante la vigencia del contrato, rompió el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como consecuencia de ello, la situación del concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. Que se declare que la fórmula del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del contrato no recoge – y por ende, no remunera- los efectos de la expedición de la Ley 863 de 2003 en periodos superiores a un año, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al concesionario con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO, que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el concesionario por el nuevo Impuesto de Patrimonio surgido de la expedición de la Ley 863 de 2003, ocurrida durante la vigencia del contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA REFERIDA AL IMPUESTO DE PATRIMONIO. En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO AL PATRIMONIO, que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria que el concesionario debió soportar por el establecimiento del Impuesto de Patrimonio surgido de la expedición de la Ley 863 de 2003, y cuyo monto resulte probado en el trámite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar”.

VI. PRETENSIONES PRINCIPALES CONCRETAMENTE REFERIDAS AL

NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA.

“PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. Que se declare que con la expedición del Decreto 1838 del 11 de agosto de 2002, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la Republica en virtud del Estado de Conmoción Interior dispuesta por el Decreto 1837 de 2002, mediante el cual se estableció el nuevo impuesto para preservar la seguridad democrática, se afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la Oferta, y surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión, frente a la afectación que se derivó para el Concesionario de la expedición del Decreto 1838 de 2002, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión en relación con la reparación de los impactos causados al Concesionario por la expedición del Decreto 1838 de 2002 que estableció el nuevo impuesto del patrimonio, ha ocasionado perjuicios al Concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el Concesionario por el establecimiento del nuevo Impuesto para preservar la seguridad democrática ordenado por el Decreto 1838 de 2002, posterior a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar”.

A las anteriores pretensiones “principales concretamente referidas al nuevo impuesto para preservar la seguridad democrática”, se formulan las siguientes pretensiones “subsidiarias concretamente referidas al nuevo impuesto para preservar la seguridad democrática.”

VI. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONCRETAMENTE REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA.

En subsidio de la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA:

“PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. Que se declare que la expedición del Decreto 1838 de 2002 que estableció el nuevo Impuesto para

preservar la seguridad democrática, ocurrida durante la vigencia del Contrato, rompió el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como consecuencia de ello, la situación del Concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. Que se declare que la fórmula del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del Contrato no recoge – y por ende, no remunera- los efectos de la expedición del Decreto 1838 de 2002, en periodos más allá del año inmediatamente anterior, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al Concesionario con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA, que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el Concesionario por el nuevo Impuesto para preservar la seguridad democrática surgido de la expedición del Decreto 1838 de 2002, ocurrida durante la vigencia del Contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA. En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL NUEVO IMPUESTO PARA PRESERVAR LA SEGURIDAD DEMOCRATICA., que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al Concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria que el Concesionario debió soportar por el establecimiento del Impuesto para preservar la seguridad democrática surgido de la expedición del Decreto 1838 de 2002, y cuyo monto resulte probado en el trámite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar.”

VII. PRETENSIONES PRINCIPALES CONCRETAMENTE REFERIDAS AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF).

“PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). Que se declare que con la expedición del Decreto 2331 DE 1998, que introdujo por primera vez el Gravamen a las Transacciones Financieras en 1998 y las demás normas nacionales que desde entonces se sucedieron unas a otras para prolongar la vigencia de dicho gravamen y aumentar su tasa hasta tornarlo en un impuesto permanente (en adelante las “Normas del GMF 4 x 1000), se afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la Oferta, y surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión, frente a la afectación que se derivó para el Concesionario de la expedición de las Normas del GMF 4 x 1000, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERA (GMF). Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión en relación con la reparación de los impactos causados al Concesionario por la expedición de las Normas del GMF 4 x 1000, que establecen el nuevo gravamen a las Transacciones Financieras, han ocasionado perjuicios al Concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el Concesionario por el establecimiento del nuevo gravamen a las Transacciones Financieras, reglado por las Normas del GMF 4 x 1000, establecido con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el tramite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar”.

A las anteriores pretensiones “principales concretamente referidas “AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF)”, se formulan las siguientes pretensiones “subsidiarias concretamente referidas AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF).”

VIII. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONCRETAMENTE REFERIDAS AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF).

En subsidio de la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF):

“PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). Que se declare que la expedición de las Normas de GMF 4 x 1000 que reglan el nuevo Impuesto a las Transacciones Financieras, ocurrida durante la vigencia del Contrato, rompió el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como consecuencia de ello, la situación del Concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). Que se declare que la formula AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF).del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del Contrato no recoge – y por ende, no remunera- los efectos de la expedición de las Normas del GMF 4 x 1000, en periodos más allá del año inmediatamente anterior, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al Concesionario con cargo al presupuesto de la Nación –

Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF) y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF)., que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el Concesionario por el nuevo Gravamen a las Transacciones Financieras surgido de la expedición de las Normas de GMF 4 x 1000, ocurrida durante la vigencia del Contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF). y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF)., que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al Concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria que el Concesionario debió soportar por el establecimiento del Gravamen a las Transacciones Financieras surgido de la expedición de las Normas de GMF 4 x 1000, y cuyo monto resulte probado en el trámite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar”.

IX. PRETENSIONES PRINCIPALES CONCRETAMENTE REFERIDAS A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE

“PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. Que se declare que con las modificaciones sobre Impuesto de Timbre que se produjeron desde 1997 con la expedición de la ley 383 de ese año y así sucesivamente con la Ley 488 de 1998 y demás normas modificatorias del Impuesto de Timbre (en adelante las “Normas sobre Timbre”), se afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la Oferta, y surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión, frente a la afectación que se derivó para el Concesionario de la expedición de las Normas sobre Timbre, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión en relación con la reparación de los impactos causados al Concesionario por la expedición de las Normas sobre Timbre, han ocasionado perjuicios al Concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL

IMPUESTO DE TIMBRE. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el Concesionario por las modificaciones introducidas al Impuesto de Timbre, acaecidas con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar”.

A las anteriores pretensiones “principales concretamente referidas “A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE, se formulan las siguientes pretensiones “subsidiarias concretamente referidas A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE.”

X. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONCRETAMENTE REFERIDAS A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE.

En subsidio de la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE:

“PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. Que se declare que la expedición de las Normas sobre Timbre que reglan aspectos sobre el Impuesto de Timbre, ocurrida durante la vigencia del Contrato, rompió el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como consecuencia de ello, la situación del Concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. Que se declare que la fórmula AL NUEVO GRAVAMEN A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS (GMF).del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del Contrato no recoge – y por ende, no remunera- los efectos de la expedición de las Normas sobre Timbre, en periodos más allá del año inmediatamente anterior, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al Concesionario con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS REFERIDAS A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE., que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el Concesionario por las modificaciones al Impuesto de Timbre introducidas con la expedición de las Normas sobre Timbre, ocurrida durante la vigencia del Contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA REFERIDAS A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE. En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDAS A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS REFERIDAS A LAS MODIFICACIONES AL IMPUESTO DE TIMBRE., que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al Concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria

que el Concesionario debió soportar por las modificaciones al Impuesto de Timbre surgidas de la expedición de las Normas sobre Timbre, y cuyo monto resulte probado en el trámite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar”.

XI. PRETENSIONES PRINCIPALES CONCRETAMENTE REFERIDAS AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

“PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Que se declare que con las modificaciones introducidas por la Ley 633 de 2000 relativas al desmonte (para el año 2000) y la disminución (para los años 2001 y 2002) de la exención sobre el Impuesto de Renta aplicable a rentas provenientes de servicios públicos domiciliarios de distribución de gas natural, se afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la Oferta, y surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión, frente a la afectación que se derivó para el Concesionario de la expedición de la Ley 33 de 2000 sobre exenciones en el Impuesto de Rentas, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión en relación con la reparación de los impactos causados al Concesionario por la expedición de la Ley 633 de 2000 sobre desmonte y reducción de exenciones en el Impuesto a la Renta, ha ocasionado perjuicios al Concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el Concesionario por la expedición de la Ley 633 de 2000 sobre desmonte y reducción de exenciones en el Impuesto a la Renta, acaecida con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar”.

A las anteriores pretensiones “principales concretamente referidas “AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, se formulan las siguientes pretensiones “subsidiarias concretamente referidas AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.”

XII. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONCRETAMENTE REFERIDAS AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

En subsidio de la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS:

“PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Que se declare que la expedición de la Ley 633 de 2000 sobre desmonte y reducción de exenciones en el Impuesto a la Renta, ocurrida durante la vigencia del Contrato, rompió el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como consecuencia de ello, la situación del Concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. Que se declare que la fórmula del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del Contrato no recoge – y por ende, no remunera- los efectos de la expedición de la Ley 633 de 2000 sobre desmonte y reducción de exenciones en el Impuesto a la Renta, en periodos más allá del año inmediatamente anterior, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al Concesionario con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS., que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el Concesionario por la expedición de la Ley 633 de 2000 sobre desmonte y reducción de exenciones en el Impuesto a la Renta, ocurrida durante la vigencia del Contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA REFERIDAS AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDAS AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS REFERIDAS AL DESMONTE DE EXENCIONES PARA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS., que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al Concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria que el Concesionario debió soportar por la expedición de la Ley 633 de 2000 sobre desmonte y reducción de exenciones en el Impuesto a la Renta, y cuyo monto resulte probado en el tramite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar”.

XIII. PRETENSIONES PRINCIPALES CONCRETAMENTE REFERIDAS A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA

“PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Que se declare que con las modificaciones introducidas al régimen tributario relativas a la creación de una sobretasa a cargo de los contribuyentes obligados a declarar el impuesto sobre la renta y complementarios, se afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la Oferta, y surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión, frente a la afectación que se derivó para el Concesionario de la creación de la sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión en relación con la reparación de los impactos causados al Concesionario por la creación de la sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, ha ocasionado perjuicios al Concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del Contrato de Concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el Concesionario por la creación de una sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, acaecida con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar”.

A las anteriores pretensiones “principales concretamente referidas “A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Se formulan las siguientes pretensiones “subsidiarias concretamente referidas A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA...”

XIV. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONCRETAMENTE REFERIDAS A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA.

En subsidio de la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA:

“PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Que se declare que la creación de la sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, ocurrida durante la vigencia del Contrato, rompió el equilibrio económico que el propio contrato exige mantener y, como

consecuencia de ello, la situación del Concesionario se hizo más gravosa y perjudicial; o,

“PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. Que se declare que la fórmula del “Factor de Ajuste” consagrada en la Cláusula 49 del Contrato no recoge – y por ende, no remunera los efectos de la creación de la sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, en periodos más allá del año inmediatamente anterior, por lo que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió su obligación de reparar directamente el impacto causado al Concesionario con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. En subsidio de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL REFERIDA A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA y como consecuencia de cualquiera de las anteriores PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS REFERIDAS A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA., que se declare que la Nación – Ministerio de Minas y Energía debe reparar los efectos sufridos por el Concesionario por la creación de la sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, ocurrida durante la vigencia del Contrato.

“PRETENSION CUARTA SUBSIDIARIA REFERIDAS A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA. En subsidio de la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL REFERIDAS A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA y como consecuencia de las anteriores PRIMERA O SEGUNDA, Y TERCERA SUBSIDIARIAS REFERIDAS A LA SOBRETASA AL IMPUESTO DE RENTA., que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago al Concesionario de todas las sumas correspondientes a la mayor carga tributaria que el Concesionario debió soportar por la creación de la sobretasa al Impuesto de Renta y Complementarios, y cuyo monto resulte probado en el trámite arbitral, con las actualizaciones e intereses a los que haya lugar”.

Los hechos que fundamentaron las pretensiones se sintetizan de la siguiente manera:

Se trata de hacer efectiva la previsión contractual según la cual el concesionario ostenta el derecho a que le sean reparados los impactos derivados de cambios en la legislación tributaria que afectaron sus previsiones en materia de impuestos, para lo cual el Ministerio de Minas y Energía debió:

(I) Aprobar el estudio del concesionario que demuestra el impacto de los cambios en el régimen tributario sobre el cargo de la red – obligación que incumplió-, para que con base en dicho estudio el concesionario pudiese obtener así el derecho contractual a que se aplicara un factor de ajuste sobre la tarifa, para que por esa vía se resarcieren dichos impactos (cfr. Cláusula 49 del Contrato de Concesión); o (ii) reconocer con cargo al presupuesto reparar el desequilibrio surgido de la circunstancia mencionada (cfr. Cláusula 49 del Contrato de Concesión); o (iii) de cualquier forma reparar el desequilibrio que los cambios en la legislación tributaria hubiera ocasionado (cfr. Cláusula 42 del Contrato de

Concesión y disposiciones legales que protegen el equilibrio contractual).

Basta indicar por ahora, las fuentes contractuales de la obligación del Concedente consistente en restablecer el equilibrio económico a favor del concesionario cuando “se ha alterado en su contra por actos o hechos imprevisibles que no le son imputables y por los cuales no haya asumido el riesgo contractualmente, como ocurre con “los cambios en la legislación tributaria”, los cuales expresamente se señalan como objeto de reconocimiento al contratista cuando afecte sus previsiones.

En consecuencia, para los efectos del análisis de las pretensiones de esta convocatoria y de los hechos en que se fundamentan, se emprende la acción encaminada a obtener el cumplimiento de la obligación de reconocer los cambios en ley tributaria que afectaron al concesionario con las consecuentes indemnizaciones plenas que el incumplimiento de dicha obligación ha acarreado al concesionario.

Por consiguiente, sin perjuicio del análisis completo de las pretensiones del petitum contenido en esta demanda, nos anticipamos a hacer notar al Honorable Tribunal que las pretensiones principales de reconocimiento al concesionario del efecto económico derivado de los cambios en la legislación tributaria, versan sobre la obligación contractual de realizar el respectivo reconocimiento, de manera pura y simple, sin los condicionamientos que la ley y la jurisprudencia predicen del fenómeno del “desequilibrio económico” previsto en la legislación positiva; de tal manera que, a pesar de que los cambios en ley de impuestos que sirven de soportes fáctico a la disputa que se pretende resolver con esta convocatoria arbitral revisten magnitud, relevancia y no imputabilidad en cabeza del concesionario, suficientes para configurar el “desequilibrio económico legal”, tal análisis es innecesario en esta disputa, dado que las partes prescindieron por vía contractual del mismo, en cuanto establecieron directa y expresamente la asignación del riesgo de cambio en la legislación tributaria en cabeza del concedente, de tal suerte que cualquier modificación del marco normativo impositivo “que afecte las previsiones del concesionario” sirve de base para una reclamación directa de reconocimiento y pago de los efectos de dicho cambio a favor del concesionario.

Así, la contraposición que hemos hecho entre (I) desequilibrio económico del contrato, como figura “contractual” explícita y puntualmente regulada en estos contratos de concesión y ajena a toda consideración que trascienda el simple análisis de la no correspondencia entre las previsiones y los resultados, con

ocasión de los cambios en la legislación tributaria y (ii) el fenómeno “legal” de desequilibrio económico del contrato que encuentra su fuente en las disposiciones del derecho positivo aplicables también a este tipo de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva, reviste particular importancia para el avocamiento por parte del Tribunal de las pretensiones principales y subsidiarias del petitum.

“(…)”

Las pretensiones de esta demandan apuntan exclusivamente a la aplicación de las previsiones contractuales relativas al reconocimiento de desequilibrios económicos del Contrato de Concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva, por cambios en la legislación tributaria.

Consagra entonces el Contrato de Concesión un derecho inequívoco en cabeza de los concesionarios a obtener la totalidad de las sumas correspondientes a la mayor carga impositiva que haya tenido que soportar durante la ejecución del contrato, derivada de la ocurrencia de hechos catalogados contractualmente como desequilibrantes de la ecuación contractual, que no les fueron imputables, así como la indemnización plena de los perjuicios sufridos por el contratista como consecuencia del incumplimiento de la obligación contractual del concedente de hacer los respectivos reconocimientos de manera directa y oportuna – daño emergente y lucro cesante-”

Además -indica el actor-, que la cláusula 49 del Contrato, por virtud de la cual se ejerce la presente acción contractual de restablecimiento de la ecuación económica del mismo, radicó en cabeza de la entidad pública contratante (Ministerio de Minas y Energía) el riesgo por cambios en régimen tributario, en los siguientes términos:

“Cuando durante la vigencia del contrato se produzcan cambios en la legislación tributaria que afecten las previsiones del CONCESIONARIO en materia de impuestos, el CONCESIONARIO podrá presentar ante la Comisión una solicitud para aplicar el factor de ajuste X_{e6} sobre el D1, acompañado de un estudio aprobado por el CONCEDENTE o determinado por el amigable componedor o mediante arbitramento, en el cual se demuestre el impacto real sobre el cargo de la red.”

El factor de ajuste Xe6, se calculara acuerdo con la siguiente formula: "(...)".

De esta manera, de acuerdo con la cláusula 49 aquí transcrita, siempre que existan cambios en la legislación tributaria que afecten las previsiones del contratista, es decir, las que éste tuvo al momento de presentar su oferta, el concesionario estará facultado para solicitar a la entidad contratante el restablecimiento o ajuste del Contrato. De esta manera, la cláusula citada instaura un régimen simple de prestación incondicional a favor del Contratista/Concesionario que le permite acceder al reconocimiento de cualquier impacto en sus previsiones originales que se desprenda del cambio en las normas tributarias. Esto, como fenómeno autónomo surgido de la voluntad contractual, que no requiere acoplarse a los supuestos legislativos exigidos para configurar el fenómeno del "desequilibrio económico", tal y como este es contemplado en el ordenamiento jurídico.

Afirma el actor que con posterioridad a la suscripción del contrato, el Gobierno Nacional profirió leyes y decretos que cambiaron el régimen tributario vigente al momento de la elaboración de la oferta y suscripción del contrato de concesión especial por parte de la empresa concesionaria y que implicaron un impacto sustancial en las previsiones económico-financieras que tuvo en relación con el régimen impositivo aplicable a ésta.

Como consecuencia del impacto sufrido por el Concesionario, el día 4 de octubre de 2004, Gases del Norte del Valle S.A. ESP (hoy GDO) envió al Ministerio de Minas y Energía una comunicación suscrita igualmente por otras empresas concesionarias (Gases del Quindío, Gases de Risaralda, y Gas Natural del Centro), en la que informó que las empresas concesionarias de servicio exclusivo, en el seno de un comité, se encontraban discutiendo temas de interés común, y que era su intención (la de las empresas) hacerlos extensivos al Ministerio, como entidad CONCEDENTE (...). Dentro de los temas puestos en consideración del Ministerio, se encontraba la mayor carga tributaria que las empresas concesionarias estaban soportando por nuevos impuestos y contribuciones o modificaciones al régimen de los impuestos existentes, todo lo cual no era previsible y, por ende, no fue incluido en las previsiones que sustentaron sus respectivas propuestas para obtener la concesión.

Que ante la falta de respuesta oportuna, el 05 de abril de 2005 Gases del Norte del Valle (hoy GDO), envió solicitud escrita al Ministerio de Minas y Energía, mediante la cual solicitó la aprobación del estudio, de los costos y pérdidas en las que había incurrido como consecuencia de diversos cambios en la legislación tributaria en materia de impuestos, los cuales habían tenido un impacto económico

negativo en las finanzas de la empresa concesionaria; en consecuencia, se le solicitó a dicha entidad pública dar aplicación a la cláusula 49 del Contrato, y en ese sentido, dar aplicación a la metodología de reajuste Xe6, o hacer el restablecimiento con cargo al presupuesto en caso de considerarlo pertinente.

3. Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Minas y Energía., se opuso a las pretensiones de la demanda, negando unos hechos, aceptando otros y proponiendo excepciones de fondo.

4. Laudo arbitral.

El Tribunal de Arbitramento profirió el laudo el 10 de febrero de 2012.³ En la *primera parte* afirma que no hay debate acerca de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, ni frente a las disposiciones legales aplicables. Dice que se trata de un contrato de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva en el área denominada área del Valle del Cauca, el cual fue suscrito el 9 de mayo de 1997, entre las empresas GASES DEL NORTE DEL VALLE S.A. E.S.P. Y LA NACION – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA.

Que el Ministerio de Minas y Energía, para celebrar el contrato, utilizó la figura del Área de Servicio Exclusivo a la cual se refieren los artículos 40 y 174 de la ley 142 de 1994. Que el mismo, de acuerdo con su naturaleza y la de la entidad contratante o concedente y la fecha en la cual fue suscrito, es un contrato estatal, cuyo régimen jurídico especial constituye una modalidad que se inserta en el régimen de la ley 142 de 1994, pero que conserva la índole estatal del negocio celebrado. Se rige por consiguiente, por las disposiciones pertinentes de la Carta Política, la ley 142 de 1994 y las demás que la modifican, complementan o adicionan, así como las normas y regulaciones expedidas por la Comisión Nacional de Gas y Energía -CREG- que resulten aplicables, en virtud de lo dispuesto en las Clausulas 4, 5 del contrato y los artículos 73, 74 y 87 y siguientes de la ley 142; del mismo modo le resultan aplicables las disposiciones del derecho privado que no se contrapongan con las normas de la ley 142 y sus modificatorias, tal como lo señala esta ley 142 en sus artículos 31, 39.3 y parágrafo del 39. Fls.

³ Fls. 581 a 713, Cdo. ppal.

650 y ss.-

Afirma que durante el tiempo transcurrido de la ejecución del contrato se presentaron diversos cambios en la legislación tributaria en virtud de las disposiciones citadas por la demanda, así:

Impuesto de Industria y Comercio

Impuesto de Timbre

Impuesto al patrimonio

Impuesto al Valor Agregado

Gravamen a las Transacciones Financieras

Impuesto a la Renta

Cruces férreos y permisos Palmira

Luego hizo un análisis de la diferente regulación constitucional y legal entre los servicios públicos en general y aquellos en los cuales es el Estado el que debe asumir su prestación por las características del mismo, en especial los otorgados mediante la determinación de un "Área de Servicio Exclusivo".

Que de esta forma, en los contratos de concesión para la prestación del servicio de gas domiciliario dentro de un área de servicio exclusivo, el contratista actúa en calidad de colaborador del Estado en el desarrollo del objeto contractual.

Que es el Estado el que define las especificaciones del objeto contractual, es él el que establece las reglas del contrato mediante acto administrativo (pliego de condiciones, términos de referencia o invitación pública), es él el que impone las formas de desarrollo del objeto contratado, es él el que impone al contratista los términos en que éste ha de cumplir con el objeto contratado y, además, del concurso mismo y de la propuesta del ganador, surgirá el monto de la tarifa, cuando esta se incluya como uno de los factores de adjudicación del contrato respectivo (Parágrafo del Art. 87 L. 142 de 1994).

Así, el contratista responderá, en los términos de la ley y del contrato, por la anegación o imperfecto cumplimiento de las obligaciones que en virtud de la relación contractual le son impuestas. Porque si es el contrato estatal el medio jurídico que habilita al particular contratista para la prestación de un servicio en un área de servicio exclusivo, es éste mismo negocio jurídico el que definirá y

establecerá los límites de su responsabilidad como ejecutor.

Sin embargo, en cada contrato de concesión en particular, es la propia entidad pública concedente, la que, dentro de las reglas que establece en la convocatoria o invitación pública, teniendo siempre en cuenta las regulaciones propias de cada sector, delimita las obligaciones y derechos del concesionario contratista y de la entidad concedente; por ende, señala las particularidades propias de cada relación contractual. (Fls. 653 y ss, cdno. ppal.)

En cuanto a la asignación de riesgos en los contratos estatales, indicó que dentro de las reglas que deben señalarse desde los pliegos de condiciones o términos de referencia o de la invitación pública de todo contrato estatal, e incluso desde la expedición de los documentos previos que le sirven de soporte, están las propias sobre identificación y asignación de riesgos de cada una de las partes.

En consecuencia, la administración pública al diseñar y estructurar el negocio objeto de la invitación a contratar, debe, en forma explícita, dar a conocer a los eventuales proponentes -contratistas- las condiciones en las que ella está dispuesta a celebrar el contrato y los riesgos previsibles que asumirá el contratista que resulte favorecido, así como aquellos otros que serán de cuenta de la entidad contratante.

Los proponentes, a su vez, deberán estar dispuestos a aceptar las condiciones del contrato licitado, como requisito contractual, una vez cumplida la audiencia de aclaración de riesgos y las precisiones que de ella resulten, audiencia en la cual puede tener participación el licitante. De esta forma, definida desde el contrato la parte que asume el riesgo, ante la ocurrencia del evento que lo concreta, su costo se entiende ya cubierto con el valor del contrato y, por lo mismo, se entiende que no se afecta el equilibrio pactado contractualmente y, por ende, no habrá lugar a cobros o reclamaciones por ese concepto.

Con todo, puede ocurrir que en un determinado proyecto no se pudieron prever todos los riesgos asociados y, en caso de ocurrencia del evento respectivo, no se tenga definido desde el contrato cuál de las partes debe asumir esos costos. En esos casos, opera el principio general sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato consagrado en la actual legislación en la ley 80 de 1993.

Es decir que, cuando las partes no previeron un riesgo del proyecto, porque razonablemente no era factible identificarlo en el momento de la propuesta, deberá aplicarse en su integridad la teoría del equilibrio económico del contrato a fin de identificar la parte que debe asumir las consecuencias económicas de la

ocurrencia de ese hecho.

También dice el Tribunal que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer con claridad, que los riesgos que se pueden trasladar al contratista son solamente aquellos que se encuentren clara y precisamente establecidos a su cargo en el pliego de condiciones, de manera que pueda este evaluarlos e incorporarlos a sus costos para la elaboración de su oferta, pues solamente así se podrá preservar y restablecer -de ser el caso- el equilibrio financiero del contrato.

Tales riesgos, por lo demás, no pueden ser, por expresa prohibición legal, de extensión ilimitada, ni constituir riesgos anormales o extraordinarios, pues solamente cabe trasladar aquellos que constituyen el alea empresarial normal, ya que de otro modo se atentaría contra el principio del equilibrio económico del contrato, representado en este caso en la aplicación de la teoría de la imprevisión, de conformidad con la cual el contratista no está obligado a asumir las consecuencias del acaecimiento de eventos que no le sean imputables a él, en la medida en que dichas consecuencias hayan sido imperdibles al momento de la celebración del contrato –Fls. 657 y 658. -.

Agregó que las anteriores premisas resultan íntegramente aplicables a los contratos de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva en un área de servicio exclusivo, pues si bien son contratos regulados, en principio, por las normas del derecho privado, salvo en cuanto la ley 142 de 1994 tenga disposiciones específicas, no por ello pierden su naturaleza de contratos estatales y, como tales, no pueden incluir cláusulas que por mandato expreso de la ley son ineficaces (arts. 40 inciso 3 y 24 numeral 5 de la ley 80), como son aquellas que pretenden trasladar “riesgos de extensión ilimitada”.

El laudo, a continuación, hizo un estudio sobre la “Asignación del riesgo tributario en el contrato objeto del presente proceso arbitral”, por ser el único tema planteado en la demanda principal y a él se limitará y que para entender el alcance de las previsiones respectivas acomete el análisis de la regulación contenida en el contrato respecto del tema global del equilibrio económico. –Fl. 659-.

Indicó que las cláusulas contractuales que debían ser analizadas eran las siguientes: Clausula 4a, 13, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 42 a 53 y que en éstas cláusulas, las partes determinaron cuales eran los riesgos previsibles del contrato, la parte que debía asumirlos, y la fórmula para restablecer el equilibrio ante la ocurrencia de cada uno de los riesgos determinados. Del mismo modo, definieron

que se seguiría el procedimiento señalado en la cláusula 53 del contrato, cuando se tratase de analizar la ruptura del equilibrio económico del contrato por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. Adicionalmente, previeron que si el contrato se llegaba a prorrogar más allá del año 17, no procedería el restablecimiento del equilibrio económico a su favor, salvo lo establecido en las cláusulas 45 a 49 de este contrato.

Dentro de estas disposiciones está específicamente la previsión respecto del riesgo tributario o riesgo por los cambios tributarios, cláusula 49 antes transcrita y señalaron una específica forma de hacer los ajustes correspondientes. Fl 662.

Tal es el caso de la cláusula 49 en donde las partes acordaron que el riesgo por cambios en la legislación tributaria, no fuera asumido por el concesionario sino por el ente Concedente, por lo cual, ante la ocurrencia de cambios legislativos en ésta materia, surge el derecho del concesionario de solicitar ante la CREG la aplicación del factor de ajuste pactado en el contrato.

Es decir, no corresponde al concesionario asumir las consecuencias de los cambios en la legislación tributaria, y, por lo mismo, previeron la forma de compensar ese mayor costo tributario impuesto por el legislador, bien a través del ajuste en la tarifa (pagadera por los usuarios), o bien a cargo del ente Concedente en caso de que estime inconveniente subir la tarifa.

De esta suerte, no hay lugar a efectuar interpretaciones sobre la intención de las partes al incorporar esta cláusula en el contrato, pues ellas son suficientemente claras y comprensivas, son coherentes y armonizan con la totalidad de las regulaciones contractuales y, por lo mismo, con ese entendimiento debe el juzgador proceder a decidir sobre controversias surgidas entre las partes sobre su aplicación. Fls 663 y 664.

En el numeral 5 de las consideraciones del laudo dice el Tribunal que para poder darle trámite a la solicitud de ajuste de la tarifa ante la CREG, la referida cláusula 49 prevé que el concesionario debía presentar un estudio, debidamente aprobado por el Concedente, y a falta de esta aprobación y a opción del Concesionario, determinado por un amigable componedor o por un Tribunal de Arbitramento, en el cual se demuestre el impacto real que tales cambios tributarios produjeron sobre el cargo de la red.

De esta forma, resulta claro que el contrato estableció una obligación para la entidad concedente de estudiar y, como consecuencia, aprobar o improbar, el estudio realizado por el concesionario sobre el impacto de los cambios tributarios

en el cargo de la red, pero no puede abstenerse de analizar el estudio presentado y de resolver sobre su aprobación o aprobación.

Así contrariamente a lo afirmado por el apoderado de la convocada en su alegato de conclusión, el Tribunal encuentra que en la cláusula 49 si existe una obligación a cargo del Ministerio, de pronunciarse sobre el estudio presentado por el Concesionario. Por ello, en aplicación de lo previsto en el artículo 1603 del Código Civil, el Tribunal concluye, que el deber de estudiar y pronunciarse sobre el estudio presentado por el concesionario, debía cumplirse en un término razonable, pues de otra manera se haría nugatorio el derecho de este al trámite ante la CREG para obtener el ajuste en las tarifas al usuario en virtud de la ocurrencia del riesgo tributario o su derecho de acudir a la amigable composición o incluso al arbitraje.

También es cierto que, al no haberse pronunciado el Ministerio sobre el estudio presentado por el concesionario, naturalmente incurrió en incumplimiento del contrato. Era su deber aceptar o rechazar el estudio, pero no podía abstenerse de efectuar algún pronunciamiento. Fl 665.

Que el concesionario al convocar este Tribunal de Arbitramento reclama la declaratoria de incumplimiento del Ministerio de esa específica obligación contractual y la indemnización por los perjuicios que ella género. De esta forma resulta evidente, que no fue motivo de discrepancia entre las partes la naturaleza del estudio presentado ni su contenido. Únicamente la procedencia del reconocimiento de las diferencias tributarias respecto del desmonte de las exenciones tributarias para empresas de servicios públicos y las variaciones en el impuesto de timbre.

En conclusión, el Tribunal entiende que el estudio presentado por el Concesionario, reunía los requisitos contractuales para estimarlo válido y no es de recibo que el Ministerio alegue insuficiencia del mismo dentro del proceso arbitral, alegato de conclusión, y nunca antes en los trámites administrativos adelantados por las partes durante varios años. Fls 670 y 671.

Acomete luego el Tribunal la supuesta falta de competencia del Tribunal para dar aplicación a la cláusula 49, de la siguiente manera: El apoderado del Ministerio no planteó la supuesta incompetencia del Tribunal como una excepción, dentro de la contestación de la demanda, esto es, en la oportunidad procesal pertinente; pero tampoco interpuso recurso alguno frente a la decisión del Tribunal de asumir la competencia para conocer y decidir la controversia planteada en la demanda en la

primera audiencia de trámite.

Con relación a la excepción, dice el Tribunal primeramente, que hay que precisar que en la demanda no se solicitó que el Tribunal ordene la modificación de las tarifas; se pidió que se declarara el incumplimiento del contrato por el Ministerio y que se le condenara a este al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios ocasionados por tal incumplimiento. (pretensiones primera a cuarta principales). Por consiguiente, no hay lugar al análisis de si el Tribunal puede o no decidir sobre modificaciones a las fórmulas para determinar las tarifas de los servicios, pues no es materia que forme parte de las pretensiones de la demanda, límite legal de la competencia del Tribunal.

Sobre el segundo planteamiento debe aclarar el Tribunal, que la facultad del Ministerio para asumir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato con su propio presupuesto solo hace relación al evento en que, tramitada ante la CREG la solicitud de ajuste de tarifas y concedida por la Comisión tal autorización, entonces puede el Ministerio optar por no realizar el ajuste a los usuarios por considerarlo inconveniente y asumir con su presupuesto el restablecimiento del equilibrio roto.

La petición formulada en las pretensiones principales de la demanda se refiere a la condena al Ministerio a resarcir al concesionario por los perjuicios causados con su incumplimiento de la obligación de decidir sobre el estudio presentado.

Son pues dos eventos muy diferentes y por ello el Tribunal si tiene competencia para decidir sobre la pretensión formulada por la convocante. Fls 672 y 673.

Seguidamente el Tribunal, analizó la inaplicabilidad de la fórmula de ajuste prevista en el contrato, limitándose a verificar la idoneidad de la misma, puesto que carece de competencia para modificar la fórmula. Al efecto transcribe apartes de la cláusula 49 del contrato, la cual dispuso que para determinar el valor de ajuste se debe aplicar la siguiente fórmula: "...". Que a lo anterior se suma lo explicado por algunos de los testigos que comparecieron al proceso arbitral, procediendo a transcribir apartes de algunos de ellos. Fls 673 a 677

Concluye el Tribunal diciendo que, dadas las críticas que se han hecho a la fórmula pactada en el contrato, tanto por la Interventoría como por distintas personas que han actuado a nombre del Ministerio de Minas como del Concesionario, todas ellas expertas en el tema como lo han acreditado por su formación y desempeño de funciones, es preciso concluir que la formula prevista en el contrato es inoperante y que, por lo mismo, es imposible aplicarla, pero ello

no significa que la voluntad clara de las partes plasmada en la cláusula 49 no deba aplicarse a la solución de la situación proveniente de los cambios en la legislación tributaria y no puede impedir darle solución al tema y, por lo mismo, debe tener una definición acorde con los principios generales para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, de modo que resulta pertinente referirse a la solución expresamente contemplada en la ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 8, inciso primero in fine, aplicable en virtud de la analogía, norma que dispone que, cuando se requiere restablecer el equilibrio económico del contrato, las partes:

“(...) utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, Acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución (...)”

Dicha regulación resulta aplicable al caso controvertido, a pesar de que este contrato se regula por las reglas del derecho privado y no por las propias de la contratación estatal, en virtud del principio de analogía establecido en la ley 153 de 1887, artículo 8. Es decir, la propia ley señaló que en un momento dado las fórmulas previstas por las partes para realizar ajustes para mantener el equilibrio económico de los contratos no respondan frente a la real situación económica y, por lo mismo, ordena que las partes deban efectuar la corrección de tales mecanismos o fórmulas de ajuste a fin de que se logre la finalidad buscada al establecerlas.

Pero, como la fórmula proviene de una específica regulación de la CREG, no pueden las partes modificarla directamente sin el consentimiento de la Comisión, por lo cual deberán acudir ante ella a fin de lograr la adecuación de la misma y no lo puede ordenar el Tribunal, por cuanto no fue pedido en la demanda y tampoco existe en el proceso una prueba, un dictamen pericial que indique como construir adecuadamente dicha fórmula. Es por tanto, un deber de lealtad entre las partes contratantes proceder a enderezar esa falencia contractual y definir un mecanismo ágil, adecuado y justo que garantice los derechos de ambas partes.

Acomete el Tribunal el estudio de la solicitud del concesionario formulada en la demanda para que se condene al Ministerio de Minas y Energía a pagar con cargo a su presupuesto los perjuicios ocasionados en razón de su incumplimiento diciendo que, ya se ocupó de decidir sobre la competencia que le asiste para pronunciarse sobre la solicitud de incumplimiento del contrato por parte de la entidad concedente y sobre una eventual condena por concepto de la indemnización correspondiente.

También analizó las reglas contractuales en virtud de las cuales el concesionario tiene el derecho a que se le restablezca el equilibrio contractual a través de ajuste de la tarifa, cuando ocurran variaciones en la legislación que afecten sus previsiones, o con cargo al presupuesto del Ministerio si este así lo decide y resuelve no autorizar el aumento de las tarifas a los usuarios. Igualmente, analizó el Tribunal la conducta omisiva del Ministerio al no haberse pronunciado sobre el estudio presentado por el Concesionario, incurriendo con ello, en incumplimiento contractual. Fls 673 y 674.

Por lo que el Tribunal procede a ocuparse de la eventual existencia de perjuicios en éste caso, causados por la entidad concedente con ocasión de su incumplimiento contractual. Que en el caso en estudio, se demostró en el proceso que el concesionario fue privado del derecho a tramitar ante la CREG su solicitud para obtener el ajuste de las tarifas por el servicio de gas natural en el área de servicio exclusivo a la cual se refiere el presente proceso arbitral, con ocasión de las modificaciones ocurridas en la legislación tributaria, y ello debido a la falta de pronunciamiento u omisión del Ministerio de Minas y Energía respecto del estudio de impacto real en el cargo de la red presentado por el concesionario, lo cual le impidió presentar la solicitud de ajuste correspondiente.

Dice el Tribunal, que le asiste razón al apoderado del Ministerio cuando sostiene que del contrato de concesión no se deriva una obligación a cargo de la entidad de reparar de manera directa los cambios en la legislación tributaria, a menos que haya una decisión del Ministerio en ese sentido, pues es evidente que el mecanismo de ajuste previsto por las partes es a través del trámite ante la CREG para adecuar las tarifas a la nueva realidad de costos en razón del cambio en los valores de los impuestos incluidos en el cargo de la red; sin embargo, como el ministerio incurrió en una omisión de su deber contractual, y con ello causó perjuicios a su contratante, la obligación de reparar tales perjuicios, no surge de un deber de pago directo de tales variaciones en el monto de los impuestos, ni de forma explícita del contrato, sino de la propia ley, cuyas prescripciones se entienden incorporadas en el texto del contrato, cuando dispone en el artículo 1603 del C.C. (...).

Igualmente transcribe el artículo 871 del c. de co, para concluir diciendo, que era obligación del Ministerio pronunciarse sobre el estudio presentado por el concesionario a fin de abrirle paso a la posibilidad de iniciar el trámite de ajuste de tarifas ante la CREG o, si ese fuere caso, a exigir un estudio adecuado para lograr

el mismo fin. Al haber guardado silencio sobre el estudio para aprobarlo o para improbarlo, es claro que incurrió en evidente incumplimiento de una de sus obligaciones y con ello causó perjuicios al concesionario.

Ocupándose el Tribunal a continuación de cuales fueron esos perjuicios, para lo cual analiza: i) la clase de impuestos que dan derecho al ajuste en la tarifa a los usuarios y, por lo mismo, son la base de la cuantificación del perjuicio reclamado, procediendo a transcribir la cláusula 49 del contrato de concesión; los impuestos considerados por la interventoría; la viabilidad jurídica del reclamo sobre los dos impuestos rechazados por la Interventoría y por el Ministerio: a) el de timbre y b) la exención del impuesto a la renta de las empresas de servicio público domiciliario de gas.

Con relación al impuesto de Timbre, señaló que ningún impuesto modificado por la legislación tributaria fue excluido del riesgo asumido por el Concedente, en la Cláusula 49 del Contrato de Concesión. Por ello, el tribunal acepta como parte de la indemnización a que tiene derecho el Concesionario, el valor de la diferencia pagada por concepto de impuesto de timbre.

Respecto a la “exención del impuesto a la renta de las empresas de servicio público domiciliario de gas”, consideró el Tribunal que la concesionaria Gases de Occidente si era beneficiaria de las exenciones previstas en la norma del artículo 97 del Estatuto Tributario y que, en virtud de la ley 633 del año 2000, se vio afectada por la disminución en los montos exentos de las utilidades que hubieran capitalizado o apropiado como reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas.

En seguida el Tribunal analiza la “Variación en el valor de los impuestos reclamados a ser considerados en el ajuste de la tarifa y que constituyen la base de los perjuicios sufridos por el concesionario” y manifiesta que de conformidad con la demanda, el Concesionario está reclamando a título de indemnización por el incumplimiento del concedente, el valor de la variación en el monto de los siguientes impuestos, para el periodo comprendido entre 1997 y 2006: y entra a relacionar cada uno de los impuestos reclamados; al igual que transcribe nuevamente cada una de las pretensiones principales y subsidiarias reclamadas en la demanda, para concluir diciendo que “la competencia del Tribunal quedó delimitada a ese específico período, así en el expediente y sobre todo con ocasión del dictamen, se hayan cuantificado períodos posteriores y que el Tribunal encuentra que son procedentes las indemnizaciones por concepto de los mayores valores pagados por los impuestos solicitados, de carácter nacional o generados

por “cambios en la legislación tributaria”, limitándose la competencia del Tribunal a estudiar los impuestos reclamados en la demanda. Fls 684 a 688.

Seguidamente el Tribunal se refiere al dictamen existente en el proceso, y que en las páginas 17 y siguientes, la perito cuantificó el valor del impacto económico sufrido por el concesionario entre 1997 y 2006, por razón de la variación en los impuestos reclamados y que no existiendo discusión entre las partes respecto del monto de la variación de los impuestos, entre 1997 y 2006, por lo cual estando de acuerdo en su cuantía y habiendo aceptado las partes sin objeción las cifras determinadas en el peritazgo, el tribunal las acoge y las estima a efectos de la respectiva decisión y procede a relacionar una serie de datos tomados del dictamen pericial presentado el 15 de diciembre de 2010, Tabla No 6, página 21 del mismo. Fls 689 a 691.

Continúa el Tribunal diciendo que de conformidad con la Cláusula 49 del contrato de concesión, se consideran a los efectos de la aplicación del factor de ajuste, “los cambios en la legislación tributaria que afecten las previsiones del Concesionario en materia de impuestos”, lo que lo conduce a precisar, que bajo el concepto de los cambios en la legislación tributaria están comprendidos tanto los ocurridos por aumento en las cargas tributarias, como los acaecidos para disminuir esas cargas tributarias y, por lo mismo, se afecta tanto el equilibrio económico del contrato por el aumento en las cargas tributarias como por su disminución, tomando como punto de referencia los impuestos vigentes en el momento de la presentación de la oferta, o en el momento de haber realizado el último ajuste y que en el proceso no pretendió el demandante que el Tribunal ordenará introducir modificaciones a la tarifa en virtud del factor de ajuste al que se refiere la cláusula 49 del contrato, sino que reclamó el reconocimiento del incumplimiento de una obligación contractual por parte del Ministerio y la consiguiente condena a que se le pague la indemnización de los perjuicios ocasionados por ese incumplimiento en que incurrió el Ministerio, lo cual significa que no existe competencia del Tribunal para pronunciarse sobre aquellos períodos en los cuales no se ha presentado, o por lo menos no se incluyeron en las pretensiones de la demanda, los estudios correspondientes por parte del Concesionario, pues el fallo que profiere el Tribunal debe guardar consonancia con la demanda y sus pretensiones a fin de que no se presente un fallo ultra ni extra petita. FI 692

Es decir, hace el Tribunal un análisis global de la ruptura del equilibrio económico del contrato por razón de los cambios en los impuestos a fin de determinar la magnitud del daño ocasionado, considerando, al efecto, los cambios negativos en

contra del concesionario año por año, pero también los cambios positivos, de forma tal que se mire el verdadero impacto o daño causado por el incumplimiento contractual del Ministerio al no haberse pronunciado sobre los estudios presentados por el Concesionario para los años 1997 a 2004, luego 2005 y más tarde 2006.

Como en este caso para efectos del laudo arbitral, el Tribunal sólo considerara las deducciones por los años 2004, 2005 y 2006, período sobre el cual tiene competencia el tribunal, por lo que excluirá de los efectos del mismo los años 2007, 2008 y 2009, por lo tanto el Tribunal solo toma los datos pertinentes de la información suministrada por el perito en la aclaración de su dictamen para esos periodos, en donde se hace la discriminación entre las inversiones efectuadas en el Área de Servicio Exclusivo y aquellas otras efectuadas en el Área de Servicio No exclusivo, para estimar solamente las que corresponden al área de servicio exclusivo (objeto del contrato de concesión).

Y para la determinación de las cifras finales, debe considerar el Tribunal los mayores valores pagados efectivamente por el concesionario por concepto de mayor monto de impuestos establecidos por los cambios en la legislación tributaria, valores debidamente probados en el proceso a través del dictamen pericial para el período 1997 a 2006, así como las deducciones obtenidas del impuesto a la renta en razón de los beneficios recibidos por destinación de las rentas a inversión en activos productivos en el mismo período, también establecidos y debidamente probados con el dictamen pericial practicado y en el estudio presentado por la perito el 11 de julio de 2011, no objetado por ninguna de las partes.

En el cuadro siguiente, el Tribunal hace el resumen de la operación mencionada (...)" FI 693

Así, el Tribunal reconoce que efectuadas las operaciones pertinentes, el concesionario obtuvo un impacto final anualmente en las cifras señaladas en el anterior cuadro o tabla, montos a los cuales deben agregarse los valores por concepto de actualización e intereses.

A renglón seguido, hace referencia a los intereses por mora, al decir que estos cambios legislativos se proyectan no solo en el momento o año de su establecimiento, sino durante todo el tiempo en que la nueva norma este vigente. Por ello, la inclusión del factor ajuste a que se refiere la Cláusula 49 del contrato de concesión, corregiría esos efectos en el tiempo. Que al tenor del artículo 1608

del Código Civil, el deudor está en mora cuando no haya cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley exija que para ser constituido en mora deba ser requerido.

Para el Tribunal es claro que existe un incumplimiento del Ministerio, pues éste dejó de cumplir su obligación de pronunciarse respecto de los estudios presentados por el Concesionario para el periodo 1998 – 2006. Sin embargo, siendo el incumplimiento un concepto diferente al de mora, pues esta es la figura jurídica a través de la cual el acreedor notifica al deudor que ese incumplimiento le está causando perjuicios, de ésta suerte, en este caso, solamente se podrán reconocer intereses moratorios a partir del 1º de diciembre de 2009, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda a la convocada y para los efectos del reconocimiento de intereses, se toma en cuenta la disposición de la ley 142 de 1994, artículo 36, numeral 36.3, por cuanto se trata de regulación especial y específica para los contratos de servicios públicos domiciliarios, así:

“36.3. A falta de estipulación de las partes, se entiende que se causan intereses corrientes a una tasa mensual igual al promedio de las tasas activas del mercado, y por la mora a una tasa igual a la máxima permitida por la ley para las obligaciones mercantiles” Fl 697.

Seguidamente el Tribunal hace referencia a que toda cifra deberá tener su actualización, desde el momento de su causación hasta que sea reconocida o, en su defecto, hasta el momento en que empiece a devengar intereses, para que mantenga un valor presente neto idéntico en el tiempo y en consecuencia, el Tribunal actualiza, en primer término, las cifras causadas, año a año, hasta el 31 de diciembre de 2004 y realiza la liquidación de los perjuicios, teniendo en cuenta los criterios: (...).”

Concluye diciendo que “Hechas las compensaciones entre lo que resulta del análisis de las variaciones de la legislación tributaria a cargo del Concesionario y los beneficios tributarios recibidos con saldo en contra del concesionario, de una parte, y lo que le adeuda el Ministerio al Concesionario por concepto de intereses, resulta un saldo a favor del Concesionario de \$ 5,662,427,765. Fls 698 y 699.

A continuación el Tribunal entra a estudiar la “demanda de reconvención”, presentada por la Nación – Ministerio de Minas y Energía, cuyo objeto era lograr la declaratoria de incumplimiento, por parte de la sociedad GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., del contrato de concesión celebrado entre las partes y en el evento de prosperar la anterior pretensión, el reconviniente solicita se condene a la

demandada al pago de la cláusula penal y se remita copia auténtica del fallo a la Comisión de Regulación de Energía y Gas con el fin de que en adelante sea esa entidad quien defina la tarifa que debe ser aplicada a los usuarios.

En subsidio, el demandante solicita se declare que, en el Área de Servicio Exclusivo adjudicada en el departamento del Valle, GASES DE OCCIDENTE ha realizado un cobro de lo no debido a los usuarios. FI 699.

El Tribunal luego de relatar los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda de reconvención y la contestación de la misma, señala que la parte demandante en reconvención considera que el incumplimiento del contrato se estructura por una indebida aplicación del concesionario, de la fórmula de cálculo de la tarifa (obligación de hacer), por lo cual, atendiendo la naturaleza del vínculo prestacional y desde el punto de vista del derecho probatorio, resulta indispensable que ese alegado incumplimiento sea en este caso probado por quien reclama su declaratoria.

Seguidamente el Tribunal luego de referirse a aspectos fácticos jurídicos existentes en el proceso, concluye diciendo “que si bien existe una divergencia técnica entre las partes en torno al cálculo de algunas de las variables que componen la fórmula tarifaria, lo cierto es que aquellas son el resultado de unas interpretaciones diversas y coherentes de cada una de ellas que sin embargo no permiten jurídicamente estructurar un incumplimiento del contrato por parte del Concesionario y por ende conllevan a la negativa de las pretensiones principales de la demanda de reconvención y eximen al Tribunal de entrar a efectuar un análisis de las excepciones formuladas respecto de aquellas y de continuar con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad, a saber el daño y el nexo de causalidad”.

Respecto a la pretensión subsidiaria formulada en la demanda de reconvención, afirma el Tribunal que, “siguiendo el análisis probatorio hasta aquí realizado y teniendo en cuenta las diversas interpretaciones que la fórmula tarifaria admite, resulta imposible jurídicamente establecer un cobro de lo no debido por cuanto no existiendo un parámetro único y unívoco para ese cálculo ni obligación específica resultante de una norma, el juzgador queda sin referente alguno que le permita concluir la improcedencia o exceso de las sumas cobradas.

Tampoco se demostró en el proceso si hubo cobro en exceso ni mucho menos su cuantía, máxime, como lo ha concluido el Tribunal, que no hay incumplimiento de ninguna norma por el concesionario en el cobro de tarifas en el periodo que se

estudia. En estos términos, tampoco habrá de prosperar la pretensión subsidiaria de la demanda de reconvención (...)" Fls 709 y 710.

En conclusión, el tribunal de arbitramento decidió, en la parte resolutive del laudo: PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por el convocado frente a la demanda principal. SEGUNDO.- Declarar que las modificaciones al régimen tributario introducidas durante la vigencia del contrato de concesión (i) por la ley 863 de 2003, mediante la cual se estableció el nuevo impuesto de patrimonio para los años gravables 2004, 2005 y 2006; (ii) por el decreto 1838 del 11 de agosto de 2002, mediante la cual se estableció el nuevo impuesto para preservar la seguridad democrática; (iii) por el Decreto 2331 de 1998 que introdujo por primera vez el gravamen a las Transacciones Financieras en 1998, así como las demás normas nacionales que desde entonces se sucedieron unas a otras para prolongar la vigencia de dicho gravamen y aumentar su tasa hasta tornarlo en un impuesto permanente; (iv) por la ley 383 de 1997 en relación con el impuesto de timbre y sucesivamente con la Ley 488 de 1998 y demás normas modificatorias de dicho impuesto; (v) por la Ley 633 de 2000 relativa al desmonte (para el año 2000) y la disminución (para los años 2001 y 2002) de la exención sobre el impuesto de renta aplicable a rentas provenientes de servicios públicos domiciliarios de distribución de gas natural; y (vi) por las modificaciones introducidas a la legislación tributaria relativas a la creación de una sobretasa a cargo de los contribuyentes obligados a declarar el impuesto sobre la renta y complementarios, todas ellas ocurridas entre los años 1998 -2006, afectaron las previsiones del concesionario en materia de impuestos tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la oferta, y hacen surgir en cabeza del concesionario, el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo. TERCERO. Declarar responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, por el incumplimiento de su obligación contractual de analizar y decidir sobre los estudios que demuestran el impacto de las modificaciones al régimen tributario presentado por el concesionario para los años 1998-2006, relativo a los efectos generados por (...). CUARTO. Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, declarar que el incumplimiento por parte de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA de su obligación consagrada en el contrato de concesión frente a las afectaciones que sufriera el Concesionario por modificaciones al régimen tributario durante el período 1998-2006, consistente en analizar y decidir sobre los estudios que demuestran la afectación que sufrió el Concesionario por tales modificaciones, le ha ocasionado

perjuicios. QUINTO. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 5,662,427,765), a título de indemnización plena de los perjuicios demostrados en el proceso sufridos por el Concesionario como consecuencia del incumplimiento de su obligación de estudiar y decidir sobre los estudios presentados por el Concesionario GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., que demuestran la afectación sufrida por él entre los años 1998 – 2006 (...)” –fls. 711 y ss.-.

5. El recurso de anulación

El 17 de febrero de 2012, la convocante interpuso el recurso de anulación⁴, invocando inicialmente las causales contempladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989; sin embargo en el escrito presentado el 23 de mayo de 2012⁵, el recurrente solamente sustentó las causales contenidas en los numerales 8 y 9 de la referida norma, por lo que la Sala se limitará al estudio de las referidas causales.

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

“9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

5.1. Causal 8. *“Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido...” (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).*

- a) Argumentos del recurrente.** Afirma que esta causal se funda en los límites de la competencia del Tribunal de Arbitramento. Lo anterior, en la medida en que su campo de acción se ve limitado por (i) la Constitución y la ley, (ii) el pacto arbitral y (iii) la congruencia que debe tener la decisión. A renglón seguido transcribe apartes de lo que ha dicho la Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la citada causal y concluye diciendo que, de esta manera es claro que la causal se refiere a la extralimitación de la órbita de competencia que ha sido fijada por el ordenamiento jurídico

⁴ Fl 714. C. ppal.

⁵ Fls 726 a 754. C. ppal.

(Constitución – ley), por la voluntad de las partes (pacto arbitral) a los árbitros y por la misma relación jurídico – procesal de la cual surge la Litis a los árbitros. Que la prohibición de los fallos ultra petita tiene como finalidad garantizar el principio de congruencia.

A continuación el recurrente transcribe el numeral tercero de la parte resolutive del laudo arbitral materia de estudio, y señala que las pretensiones planteadas por la convocante no solicitaban que se declarara el incumplimiento de la obligación contractual consistente en analizar y decidir sobre los estudios de impacto, pues como se verá, esta obligación no existe.

En efecto, la pretensión segunda principal se refería a obligaciones relacionadas con la aprobación del estudio, así:

“Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión frente a las afectaciones que sufriera el Concesionario por modificaciones al régimen tributario, consistente en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).”

Por lo que afirma que, las pretensiones de la demanda estaban encaminadas a que se declarara la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Minas y Energía, por haber incumplimiento, supuestamente, la obligación de aprobar el estudio del impacto de las modificaciones tributarias en las previsiones económicas de la Convocante o el incumplimiento de la obligación del Ministerio, de reparar directamente al Concesionario.

No obstante lo anterior, en el laudo se declaró la responsabilidad de la entidad convocada por un motivo distinto al pretendido, a saber: la violación de la supuesta obligación consistente en analizar y decidir sobre los estudios presentados por el Concesionario para probar el impacto que tuvieron los cambios tributarios en el cargo de la red, componente tarifario que remunera al Concesionario.

Alega que “mientras la parte convocante estructuró la demanda a partir del incumplimiento de un supuesto deber contractual que obligaba al Ministerio a aprobar o a dar un visto favorable al estudio presentado por la Convocante, en el laudo se declaró la responsabilidad del Ministerio, por el incumplimiento de una obligación inexistente: la de ANALIZAR y DECIDIR sobre el estudio, independientemente del sentido de dicha decisión, es decir, que según el laudo, lo que debía hacer el Ministerio no era APROBAR, sino ANALIZAR y DECIDIR, cosa bien distinta a la indicada en la demanda que basaba su pretensión en la supuesta obligación del Ministerio de dar una respuesta positiva a la solicitud de restablecimiento”.

Concluye diciendo que “como se puede ver se trata de dos contenidos obligacionales diferentes, por lo tanto, resulta palpable la incongruencia que existe entre lo pedido en la demanda y lo decidido en el laudo”.⁶

- b) Posición de la parte convocante.** Considera que el recurso de anulación interpuesto por el apoderado del Ministerio, pretende crear un sofisma a partir de un juego de palabras que incurre en el error esencial de desconocer la concatenación lógica que existe entre las tres pretensiones transcritas (segunda, tercera y cuarta principal) en torno a una misma obligación del Ministerio de Minas), que se reputó incumplida. En efecto, a partir del equívoco rebuscado, de predicar que cada una de las aludidas pretensiones versa supuestamente sobre obligaciones distintas, el recurrente intenta desviar la discusión hacia una supuesta incongruencia del Laudo, para concluir infundadamente que las condenas proferidas por el Tribunal de Arbitramento exceden los límites de la Litis propuestos por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

En la sustentación del recurso, el apoderado se refiere reiterada y exclusivamente a la pretensión cuarta principal (donde se solicitó

⁶ Fls 745 a 750. C. ppal.

la condena partiendo de que se hubiera concedido razón al demandante en las pretensiones declarativas precedentes – segunda y tercera principales-, como si la misma estuviera aislada, separado, en otras palabras, no concatenada con las pretensiones principales declarativas segunda y tercera que la preceden.

Dicha argumentación segmentada y selectiva de la pretensión cuarta principal, pretende insinuar que la obligación contractual del Ministerio era una, pero que el Tribunal de Arbitramento condenó por el incumplimiento de otra, lo cual desconoce flagrantemente el raciocinio que ciertamente existe entre las pretensiones segunda, tercera y cuarta principales contenidas en la demanda y por supuesto, omite todo el soporte probatorio y de motivación con que el Tribunal adopta la decisión aludida. Mientras la pretensión segunda principal, claramente identifica la obligación y pide que se declare el incumplimiento de la misma, al tercera principal refiere a que con base en la declaración anterior se declare que dicho incumplimiento causó perjuicios al concesionario y, por último, la cuarta principal solicita que como consecuencia lógica y jurídica de dicho incumplimiento, daño y nexo causal existente se condene al Ministerio al pago de los perjuicios causados. Y eso es en exacta correspondencia lo que hace el Tribunal en los numerales tercero, cuarto y quinto de la decisión arbitral: declara el incumplimiento, declara que el mismo ocasionó perjuicios y condena al Ministerio al resarcimiento respectivo⁷.

- c) **Concepto del Ministerio Público.** Considera que aunque en la pretensión segunda principal la convocante pidió que se declarara que incumplió aprobar el estudio (o reparar de su presupuesto), el tribunal de arbitramento, luego de estudiar en conjunto todos los acápites de la demanda, el contenido de las estipulaciones contractuales y los medios de prueba, encontró que la pretensión de GDO era declarar el incumplimiento de la concedente en tanto y en cuanto su omisión le impidió obtener el restablecimiento del equilibrio contractual y que como consecuencia de ello se le condenara a indemnizarle los perjuicios.

⁷ Fls 760 a 767, ib.

Resulta claro que los árbitros, como jueces que son, tienen el deber, más que la facultad, de interpretar la demanda, para hacer efectivo el derecho sustancial, desentrañando el sentido de las pretensiones cuando no son absolutamente claras y pueden tener diferentes sentidos, sin que ello le permita rehacer las pretensiones modificando su sentido o cambiando el objeto de la controversia.

Finaliza diciendo el Agente del Ministerio Público que en el sub judice el ejercicio hermenéutico de la demanda – pretensiones y hechos-, partiendo del contenido de las cláusulas contractuales y la conducta de los co-contratantes, le permitía razonablemente al tribunal concluir que la obligación de la cual surgía el derecho a una indemnización era la de emitir un pronunciamiento – a favor o en contra- sobre los estudios presentados por el GDO que permitiera iniciar el trámite que acordaron en el contrato para obtener el restablecimiento del equilibrio contractual y que era precisamente eso lo que pretendía la convocante., por lo que solicita que el recurso de anulación se declare infundado.⁸

5.2. Causal 9. “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

a) Posición del recurrente. Dice que esta causal, al igual que la anterior, tiene como objetivo garantizar el cumplimiento del principio de congruencia entre el laudo y las pretensiones de la demanda. En virtud de este principio, la decisión proferida por el tribunal debe guardar estrecha relación con lo solicitado por las partes; es decir, con la materia arbitral que anunciaron en la demanda y en la contestación. Por esta razón, el Tribunal no puede dejar de pronunciarse en torno a ninguno de los asuntos que las partes hayan sometido a su conocimiento.

Luego transcribe apartes de la posición que ha adoptado el Consejo de Estado acerca de la causal que se estudia y concluye diciendo que la causal del numeral 9 del artículo 38 de Decreto 2279 de 1989 se configura cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.- El Tribunal de Arbitramento no tiene en cuenta o deja de lado alguno de los puntos sometidos a su conocimiento; y
2. Dicho asunto debe tener relevancia e incidir en las decisiones que debe adoptar

⁸ Fls 799 a 813, ib.

el Tribunal.

Adicionalmente, para determinar cuáles son los asuntos sometidos al conocimiento del tribunal es necesario tener en cuenta la ley, la cláusula compromisoria, las pretensiones señaladas en la demanda y las excepciones propuestas en la contestación.

Seguidamente procede a transcribir las pretensiones solicitadas en la demanda, como principales y subsidiarias, y según su criterio, ninguna de las pretensiones principales limitó la decisión del Tribunal en términos temporales. Las pretensiones en ningún momento especificaron que el análisis debía restringirse a determinados años o periodos de tiempo. Que en la fecha en la cual se profirió el laudo, el Contrato de Concesión se encontraba vigente, por lo que se debió tener en cuenta los cambios tributarios ocurridos hasta ese día.

Señaló que las pretensiones de la demanda son totalmente claras al delimitar la controversia que sería sometida al Tribunal; se tratan el incumplimiento; los cambios en la legislación tributaria y los cambios en las previsiones del contrato, todos ellos enmarcados en el mismo límite temporal: desde la presentación de la oferta y durante la vigencia del Contrato de Concesión. De acuerdo con ello, el laudo arbitral tenía que enmarcarse en tales asuntos, atendiendo todos y cada uno de los asuntos sobre los cuales se solicitó un pronunciamiento.⁹

b) Posición de la parte convocante. Indicó que el Tribunal de Arbitramento, si bien consideró la existencia de todas las cifras – tanto a favor como en contra del Concesionario – relevantes para haber calculado el impacto sufrido por el Concesionario, para efectos de la condena, solamente podía tener en cuenta aquellas que se referían a la obligación incumplida por el Ministerio, esto es, las correspondientes al período comprendido entre 1998 y 2006.

Con relación a las cifras a partir del año 2007, el Tribunal de Arbitramento no profirió condena, pues no se presentaron estudios por parte del Concesionario, y por lo tanto, no se verificó el correlativo incumplimiento del Ministerio, por lo que mal hubiera hecho el Tribunal en condenar, ahí sí, por fuera del alcance de su competencia determinada por las pretensiones, las excepciones y los hechos probados en el proceso. Así lo explica claramente el Tribunal en el párrafo que transcribo a continuación:

(...) Los eventuales reclamos, tanto por mayor valor de impuestos como por deducciones correspondientes al periodo 2007 y años posteriores, deberán ser

⁹ Fls 731 a 739. C. ppal.

resueltos por las partes o por el juez del contrato en otro proceso, pero en todo caso, no dentro del presente Tribunal, por carecer de competencia para ello, tal como se ha descrito reiteradamente por el Tribunal (...).”

Termina diciendo que pretender por vía del recurso de anulación, extender los efectos del laudo a una fecha posterior de 2006, no es más que un intento de abordar nuevamente el estudio de la cuestión de fondo que ya fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento, y por consiguiente, de revivir el debate probatorio que se surtió al entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos y la valoración del material probatorio que en su momento hicieron los árbitros para soportar su decisión¹⁰.

c) Concepto del Ministerio Público.

Solicita que también se desestime esta casual, porque “...Si bien en las pretensiones se alude a la “vigencia del contrato”, la interpretación que hace el tribunal es razonable en tanto que se fundamenta en los hechos que sirven de soporte a las pretensiones y que encontró acreditados con los medios de prueba allegados al proceso.

No puede afirmarse válidamente que por el hecho de haber restringido el análisis del cambio legislativo a los años 1998 – 2006 y no extenderlo a toda la vigencia del contrato, el tribunal hubiera dejado de decidir aspectos sometidos a su conocimiento, por cuanto, como se deriva del sustento fáctico de la demanda y lo explica el laudo arbitral, en la medida que se interpretó que se pretendía la declaración de incumplimiento del Ministerio, por la omisión de pronunciarse sobre los estudios de impacto presentados por la concesionaria, el análisis y decisión debían limitarse a los años en que aquella presentó los referidos estudios.

En ese orden de ideas no se configura la causal 9ª porque el tribunal no dejó de decidir sobre cuestiones sujetas al arbitramento.¹¹.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; ii) los alcances del arbitramento y del recurso de anulación contra laudos; y iii) el recurso de anulación en el caso concreto (estudio de los cargos formulados).

¹⁰ Fls 768 a 772. C. ppal.

¹¹ Fls 787 a 793, ib.

1. Competencia

La Sala tiene sentado que, en materia de competencia para resolver los recursos de anulación de laudos arbitrales, originados en contratos estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado puede conocerlos, porque esta atribución se la han conferido los artículos 128.5 CCA¹² y el artículo 72 de la ley 80 de 1993., norma ésta reproducida por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos; disposición que a su vez fue modificada por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007¹³.

En este evento, se está en presencia de un contrato de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva en un área de servicio exclusivo, pues si bien son contratos regulados, en principio, por las normas del derecho privado, no por ello pierden su naturaleza de contratos estatales.

En efecto: El Ministerio de Minas y Energía, para celebrar el Contrato de Concesión Especial, utilizó la figura del Área de Servicio Exclusivo a la cual se refieren los artículos 40 y 174 de la ley 142 de 1994.

Que de acuerdo con su naturaleza y la de la entidad contratante o concedente y la fecha en la cual fue suscrito, es un contrato estatal, cuyo régimen jurídico especial constituye una modalidad que se inserta en el régimen de la ley 142 de 1994, pero que conserva la índole estatal del negocio celebrado y se rige por la ley 142 de 1994 y las demás que la modifican, complementan o adicionan, así como las normas y regulaciones expedidas por la Comisión Nacional de Gas y Energía -

¹² ARTÍCULO 128 C.C.A. Subrogado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998. "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

"5. Del recurso de anulación de 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. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión".

¹³ ARTÍCULO 22. Ley 1150 de 2007. DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así: "Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

"El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado".

"Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan". (Negrillas fuera de texto).

CREG- que resulten aplicables, en virtud de lo dispuesto en las Clausulas 4, 5 del contrato y los artículos 73, 74 y 87 y siguientes de la ley 142; del mismo modo le resultan aplicables las disposiciones del derecho privado que no se contrapongan con las normas de la ley 142 y sus modificatorias, tal como lo señala esta ley 142 en sus artículos 31, 39.3 y parágrafo del 39.

Igualmente la ley 1.107 de 2006, dispuso que esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad pública, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo hecho de ser la Nación – Ministerio de Minas y Energía parte en el proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción¹⁴.

De las normas anteriores se tiene que, tanto en vigencia del artículo 72 de la ley 80 de 1993, como con el artículo últimamente citado, la competencia para conocer de este recurso se radica en cabeza de esta Sección.

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

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado la naturaleza y alcance del recurso de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

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

¹⁴ Dispone esta norma que "Art. 1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría 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".

Sobre el alcance de esta norma puede consultarse, entre otros, el análisis realizado por la Sección Tercera en el auto de febrero 8 de 2007 -Exp. 30.903. Actor: Aguas de la Montaña-.

- c) Mediante el recurso extraordinario 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 interpretación 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.
- d) 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.
- e) Los poderes del juez del recurso 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 consagra¹⁵; en consecuencia, no le es permitido 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 extraordinario de anulación.¹⁶
- f) 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.

De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.

que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente.

Además, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994¹⁷.

Empero, este tema que motivó a la dualidad de causales de anulación de laudos arbitrales, se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como se expuso en los incisos precedentes

Así las cosas, a partir de la vigencia del anterior precepto¹⁸, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, con independencia de que el contrato origen del conflicto dirimido en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o por el estatuto de contratación de la administración pública.

En consecuencia, como quiera que en el *sub examine* tanto la expedición del laudo arbitral como la interposición del recurso extraordinario contra el mismo ocurrieron los días 10 de febrero de 2012 y 17 de febrero del mismo año, respectivamente, esto es cuando se encontraba vigente la reforma al sistema de impugnación, entonces las causales de anulación que resultan aplicables son las

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 2006, exp. 31.024,

¹⁸ Vigente en la mayor parte de su articulado, incluyendo el citado, a los seis (6) meses después de su promulgación, de acuerdo con lo previstos en el artículo 33 de la citada ley, esto es, desde el 17 de enero de 2008.

establecidas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que compiló el artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989.

3. Del recurso de anulación en el caso concreto

El laudo arbitral de 10 de febrero de 2012 no será anulado, decisión que se fundamentará en el análisis de los cargos formulado por el recurrente y de la sustentación presentada en el término previsto por la ley¹⁹, teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia de la Sala ha adoptado en torno a las causales de anulación de laudos arbitrales.

Ahora bien, conviene recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, las causales de anulación del laudo arbitral son 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. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar 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.

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

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

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

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

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).”

Si bien se encuentra que en este caso la parte convocada interpuso el recurso de anulación invocando las causales contempladas en los numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8

¹⁹ Escrito 23 de mayo de 2012. Fls. 726 a 754. C.ppal. del recurso.

y 9 del art 38 del Decreto 2279 de 1989, lo cierto es que en estricto rigor al sustentarse el recurso aquel se limitó a la sustentación de las causales octava y novena, por lo que la Sala se limitará al estudio de las causales.

Efectuadas tales precisiones, se procede a revisar las causales invocadas, es decir:

3.1. Primera Causal. “8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”

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

“... la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998²⁰, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.²¹”

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

- i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que

²⁰ En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090.

²¹ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

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 armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”²²

En el caso presente se encuentra que el recurrente alegó esta causal apoyado en el supuesto que se acaba de precisar, con fundamento en los aspectos que se retomarán a continuación, a cerca de los cuales la Sala hará el pronunciamiento respectivo en aras de determinar si están o no llamados a prosperar:

Alega el actor el haberse incurrido en la cita causal en razón a que las pretensiones de la demanda estaban encaminadas a que se declarara la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Minas y Energía, por haber incumplimiento, supuestamente, de la obligación de aprobar el estudio del impacto de las modificaciones tributarias en las previsiones económicas de la Convocante o el incumplimiento de la obligación del Ministerio, de reparar directamente al Concesionario.

No obstante lo anterior, en el laudo se declaró la responsabilidad de la entidad convocada por un motivo distinto al pretendido, a saber: la violación de la supuesta obligación consistente en analizar y decidir sobre los estudios presentados por el Concesionario para probar el impacto que tuvieron los cambios tributarios en el cargo de la red, componente tarifario que remunera al Concesionario.

Afirma que “mientras la parte convocante estructuró la demanda a partir del incumplimiento de un supuesto deber contractual que obligaba al Ministerio a aprobar o a dar un visto favorable al estudio presentado por la Convocante, en el

²² Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476.

laudo se declaró la responsabilidad del Ministerio, por el incumplimiento de una obligación inexistente: la de ANALIZAR y DECIDIR sobre el estudio, independientemente del sentido de dicha decisión, es decir, que según el laudo, lo que debía hacer el Ministerio no era APROBAR, sino ANALIZAR y DECIDIR, cosa bien distinta a la indicada en la demanda que basaba su pretensión en la supuesta obligación del Ministerio de dar una respuesta positiva a la solicitud de restablecimiento”.

No encuentra la Sala razón objetiva alguna para acoger el señalamiento del recurrente, toda vez que la sola lectura y confrontación de las pretensiones de la demanda, las excepciones a la misma y el contenido de la parte resolutive del fallo resultan suficientes para corroborar que el laudo no incurrió en la incongruencia aludida.

Las pretensiones de la demanda son del siguiente tenor:

II. “PRETENSIONES PRINCIPALES GENERALES:

“1) PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que las modificaciones al régimen tributario introducidas durante la vigencia del contrato, afectaron las previsiones del concesionario en materia de impuestos, tenidas en cuenta para elaborar su oferta hasta la fecha de presentación de la oferta, y hacen surgir en cabeza del concesionario el derecho a que se le repare de acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión.

“PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare responsable a la Nación – Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el contrato de concesión frente a las afectaciones que sufriera el concesionario por modificaciones al régimen tributario, consistentes en aprobar el estudio que demuestra el impacto de las modificaciones o reparar directamente el impacto con cargo al presupuesto de la Nación – Ministerio de Minas y Energía (concedente).

“PRETENSION TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que el incumplimiento por parte de la Nación – Ministerio de Minas y Energía de lo estipulado en el contrato de concesión en relación con la reparación de los impactos causados al concesionario por cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta ha ocasionado perjuicios al concesionario.

“PRETENSION CUARTA PRINCIPAL. Que se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones del contrato de concesión concernientes a reconocer y reparar el impacto causado sobre el concesionario por los cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta, en la cuantía que quede probada en el trámite arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

De la lectura desprevenida de las mismas se tiene que ellas guardan una coherencia lógica y se apoyaban en el hecho de desentrañar cuál era el sentido que debía dársele a las obligaciones contenidas en el contrato objeto de debate y el Tribunal se dedicó a determinar cuál era el sentido y alcance de esas pretensiones al tenor del contenido del contrato y sus cláusulas, lo cual resulta sustancialmente diferente a decir que se incurrió en una presunta incongruencia en el fallo, al considerar “que según el laudo, lo que debía hacer el Ministerio no era APROBAR, sino ANALIZAR y DECIDIR, cosa bien distinta a la indicada en la demanda que basaba su pretensión en la supuesta obligación del Ministerio de dar respuesta positiva a la solicitud de restablecimiento”.

Insistimos, el Tribunal al declarar en el numeral tercero de la parte resolutive del laudo el incumplimiento por parte del Ministerio de Minas y Energía de su obligación contractual de analizar y decidir sobre los estudios que demuestran el impacto de las modificaciones al régimen tributario presentado por el concesionario para los años 1998 – 2006 y consecuentemente en el numeral cuarto ibídem declara la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento de dichas obligaciones y a su vez en el numeral quinto condena a la Nación - Ministerio de Minas y Energía a pagar a Gases de Occidente S.A. E.S.P., la suma de dinero que allí se especifica, se tiene que en lo anterior existe una total armonía, congruencia entre lo solicitado en el petitum de demanda, con lo considerado en la parte motiva del fallo y lo decidido en la sentencia.

Para la Sala no es seria la sustentación que el recurrente presentó para fundamentar el cargo, puesto que si en las pretensiones antes relacionadas se identifica claramente la obligación, se solicita la declaratoria de su incumplimiento y el pago de los perjuicios que dicho incumplimiento genera, resulta claro que es deber del juez hacer la labor interpretativa de la demanda y concatenarlo con la totalidad de las obligaciones contenidas contrato, para deducir de allí si es viable o no la prosperidad de las pretensiones reclamadas y es claro que la prosperidad de las pretensiones declarativas de violación del contrato, aparejaba como consecuencia la prosperidad de las pretensiones de condena.

No hay duda que el pronunciamiento que hace el Tribunal en los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia, lo hace de conformidad a las pretensiones solicitadas en la demanda razón por la cual, considera como infundado el cargo.

De otra parte se encuentra que el cuestionamiento hecho por el recurrente, lo que en realidad comporta es un cuestionamiento alusivo a la fundamentación misma del laudo y a su soporte probatorio (*vicio in iudicando*), que no a la correspondencia y congruencia existente entre el objeto de la demanda y el contenido de la decisión (*vicio in procedendo*) y en esa medida escapa al estricto ámbito de aplicación de la causal alegada.

3.2. Segunda causal. “9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (Numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998).

La causal se configura cuando el fallador incurre en un vicio *in procedendo* que se conoce normalmente como fallo *citra petita*²³ y que consiste en que aquel no resuelve sobre todas las pretensiones que se le presentaron en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones que propuso el demandado o que encontró probadas.

Para establecer si se ha incurrido en el yerro a que se refiere esta causal es suficiente comparar lo pretendido y lo excepcionado, o lo uno o lo otro, con lo resuelto.

Esta causal y aquella de “*Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”, son expresión de la garantía al **principio de congruencia** de los fallos, contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989).

En consecuencia, la misma se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento y en este evento se predica que el mismo es *mínima* o *citra petita* respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídica procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil; 87 y 164 del C.C.A.).

Postulado de acuerdo con el cual la decisión final de los árbitros debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades procesales contempladas, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido

²³ La Corte Suprema de justicia en algunas oportunidades la ha denominado *minima petita* pero esta expresión debe quedar reservada para cuando se concede menos de lo pedido, decisión ésta que no configura una causal de incongruencia.

alegadas, cuando así lo requiera la ley, todo esto sometido a su consideración por la voluntad de las partes en el proceso arbitral dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por ellas y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros.

En efecto, el principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando decide sobre puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (*infra o citra petita*).

Así mismo, este principio exige que el fallo de los árbitros recaiga sobre puntos que sean susceptibles de decisión, por ser materias constitucional y legalmente transigibles y que se encuentre dentro del objeto del pacto compromisorio que otorga la competencia a los árbitros para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes les han confiado para su decisión, de manera que los quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, se encuentran tipificados como hechos pasibles para la invocación de las causales previstas en la legislación para censurar estos eventos (numerales 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o numerales 4 y 5 del artículo 72- original- de la Ley 80 de 1993).

Por consiguiente, los árbitros en los precisos términos y límites del pacto arbitral y la ley, están en la obligación de decidir y proveer sobre cada uno de los extremos del litigio bajo su conocimiento y que surgen de las pretensiones y hechos de la demanda, como de las excepciones del demandado. Lo anterior con el objeto de que el fallo garantice la debida correspondencia con lo que se pide en la demanda, los hechos en que se fundan esas pretensiones y las excepciones que aparecen probadas, so pena de que ante una omisión incurra la providencia en la citada causal de nulidad (numerales 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989).

Por lo demás, esta causal de anulación (*“no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*), debe ser analizada conforme a la 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 los árbitros como materia de conocimiento y decisión.

De otra parte, es claro que en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores *in procedendo* y no *in iudicando*, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión²⁴.

Así, frente al cuestionamiento que hace el recurrente en punto a que las pretensiones solicitadas en la demanda, como principales y subsidiarias, y según su criterio, ninguna de las pretensiones principales limitó la decisión del Tribunal en términos temporales y que por lo mismo ninguna de ellas en ningún momento especificaron que el análisis debía restringirse a determinados años o periodos de tiempo, por lo que el Tribunal no debió delimitar la controversia; y que al tratarse de incumplimiento por los cambios en la legislación tributaria y los cambios en las previsiones del contrato, todos ellos debieron enfocarse desde la presentación de la oferta y durante la vigencia del Contrato de Concesión y no hacerse la limitación en el tiempo que hizo el Tribunal.

Para la Sala no se estructura la referida causal, porque es evidente la interpretación efectuada por el Tribunal es acertada y lógica, la cual además encuentra sustento en los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda y al material probatorio allegado al proceso.

En efecto: no es posible argumentar que como el Tribunal restringió el análisis del cambio legislativo a los años 1998 – 2006 y no lo extendió a toda la vigencia del contrato, lo cual conllevó a que el monto de los perjuicios se liquidara sobre el mismo periodo, ello conlleva a que aquel se hubiese dejado de pronunciar sobre asuntos sometidos a su consideración. En absoluto.

Al pronunciarse el Tribunal de la manera como lo hizo, tiene sustento legal, “en la medida que se interpretó lo que se pretendía con la declaración de incumplimiento

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de diciembre de 1993, Exp. 4046.

del Ministerio, por la omisión de pronunciarse sobre los estudios de impacto presentados por la concesionaria”, y dicho análisis debía hacerse y limitarse a los años en que aquella presentó los referidos estudios, pues extenderlo a límites diferentes sería cohonestar un pago de lo no debido y un enriquecimiento sin causa”.

Es más, el Tribunal se pronuncia expresamente sobre la citada pretensión y expone las razones fácticas jurídicas por las cuales limita la condena al período comprendido entre los años 1998 y 2006 y que se referían al impacto sufrido por el Concesionario, como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del ministerio.

Con relación a las cifras a partir del año 2007, el Tribunal de Arbitramento no profirió condena, pues no se presentaron estudios por parte del Concesionario, y por lo tanto, no se verificó el correlativo incumplimiento del Ministerio, “por lo que mal hubiera hecho el Tribunal en condenar, ahí sí, por fuera del alcance de su competencia determinada por las pretensiones, las excepciones y los hechos probados en el proceso”.

La decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones, sólo que su concordancia no puede determinarse en cuanto que se acceda totalmente a lo pedido. Hubo, como lo puso de presente en su concepto el Agente del Ministerio Público, un pronunciamiento respecto de la pretensión, sólo que ella acogió parcialmente la petición.

En tal virtud, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que en este caso se configura la causal invocada y, de consiguiente, tampoco tiene vocación de prosperidad.

Por lo tanto, la resolución adoptada en este punto por el juez arbitral no supuso violación del principio de congruencia, en la medida en que la decisión de los árbitros fue entonces consonante con las pretensiones de la demanda.

En conclusión, ninguno de los cargos formulados está llamado a prosperar y en consecuencia se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas a la recurrente.

El inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1989 dispone que si ninguna de las causales prospera, se declarara infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente. Por su parte el inciso primero del citado artículo prevé que en la misma sentencia se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes.

En este asunto no aparecen acreditados expensas o gastos que se hubieren efectuado con ocasión del recurso de anulación, razón por la cual sólo habrá lugar al pago de las agencias en derecho que en este caso se estiman en la suma de DIEZ MILLONES (\$10.000.000), a cargo de la recurrente.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación que propuso la convocada contra el laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la recurrente y por consiguiente al pago a favor de la convocante de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000)**, que es el valor en que se tasan las agencias en derecho.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de su Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

