

ARBITRAJE - Juez decide conforme a las cuestiones debatidas / RECURSO DE ANULACION - Juez decide conforme a las cuestiones debatidas. Aplicación del artículo 163 causal 9 del decreto 1998

Consideraciones respecto de la causal 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (...) De conformidad con lo expuesto, encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente respecto de la alegada causal de anulación del laudo por haberse proferido una decisión infra petita, toda vez que el Tribunal efectuó una específica referencia a ese período -1998 a 2005-, no porque hubiere dejado pretensiones sin resolver, sino en razón tanto del contenido de las mismas pretensiones, como de su propia interpretación acerca de las estipulaciones contractuales. En consecuencia, no prospera la causal invocada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 1 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 111 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 CAUSAL 9

ARBITRAJE - Al juez arbitral le asiste la facultad de interpretar la demanda / DEMANDA - Interpretación. Al juez arbitral le asiste la facultad de interpretar la demanda / RECURSO DE ANULACION - Al juez arbitral le asiste la facultad de interpretar la demanda. Aplicación del artículo 163 causal 8 del decreto 1998

Como lo ha precisado la Sala, esta causal "(...) son los términos de la cláusula compromisoria —o del compromiso— y las solicitudes de convocante y convocada, los extremos que delimitan la competencia de los árbitros, quienes habrán de pronunciarse solamente en relación con los anotados asuntos pero, igualmente, con respecto a todos ellos, sin que sea dable que el Tribunal adopte decisiones extra petita —que recaigan sobre cuestiones no sujetas al arbitraje—, ultra petita —que concedan más de lo pedido—, o mínima petita —que dejen de decidir cuestiones sometidas al proceso— pues, en tales eventos, se tipificará el aludido yerro procedimental que da lugar a la anulación del laudo." (...) "Así pues, el ámbito del debate se encuentra delimitado por el contenido de la demanda —pretensiones y causa petendi— y el de la contestación de la misma —excepciones propuestas por la parte pasiva—, así como por la demanda de reconvencción y su respectiva contestación, cuando a ellas hay lugar, todas las cuales deben estar comprendidas, naturalmente, dentro del objeto del pacto arbitral. Esa determinación del litigio enmarca la competencia de los árbitros y permite definir hasta dónde los mismos pueden válidamente pronunciarse —principio dispositivo—." (...) el Tribunal, en uso de la facultad-deber que le asiste al juez para interpretar la demanda y que, desde luego, también incluye a la justicia arbitral, delimitó su competencia y estableció el alcance de la demanda, (...) En relación con las obligaciones consagradas en el contrato, efectuó el Tribunal el análisis de diversas cláusulas del contrato y, entre otras, se ocupó de la cláusula 49, siguiente (...) También se ocupó el Tribunal de la interpretación de la cláusula 49, a partir de la cual concluyó que constituía una obligación de la entidad concedente el pronunciarse acerca del estudio realizado por el concesionario sobre el impacto de los cambios tributarios en el cargo de la red, con miras a su aprobación o improbación. (...) así pues, no encuentra la Sala que éste se hubiere pronunciado respecto de temas que no se hubiesen planteado en las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, no prospera la causal alegada."

FUENTE FORMAL: DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 1 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 111 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 115 / DECRETO 1818

DE 1998 - ARTICULO 163 CAUSAL 8

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver: sentencia de 2 de marzo de 2006, exp. 29703

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00024-00(43453)

Actor: GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P.

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por LA NACION – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, contra el laudo arbitral de 10 de febrero de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre dicha entidad y la sociedad GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P. –hoy EFIGAS S.A. E.S.P.–, con ocasión 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 EN EL ÁREA DENOMINADA ÁREA DE RISARALDA*”, suscrito en abril de 1997.

I. ANTECEDENTES.

1.- La demanda arbitral.

El día 2 de julio de 2009, la sociedad GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P. - hoy EFIGAS GAS NATURAL S.A. E.S.P.–, presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra La Nación-Ministerio de Minas y Energía, con el fin de obtener la constitución de un Tribunal de Arbitramento.¹

1.1. Hechos.

¹ Folios 1 al 77 cuaderno No. 1 del expediente arbitral.

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

- Con posterioridad a la suscripción del contrato cuestionado, "el Gobierno Nacional (...) (a través del Congreso y del Presidente de la República) profirió leyes que cambiaron el régimen tributario vigente al momento de la elaboración de la oferta y suscripción del contrato de concesión", las cuales impactaron negativamente la economía del contrato.

- La actora, a través de diversas comunicaciones, solicitó a la entidad contratante el restablecimiento económico del contrato por el cambio ocurrido en los siguientes tributos, los cuales alteraron la economía del contrato: impuesto de industria y comercio, impuesto de timbre, impuesto de patrimonio, impuesto al valor agregado, gravamen a las transacciones financieras, impuesto a la renta, cruces férreos y "permisos Palmira".

- Como respuesta a la solicitud de la convocante, la entidad solicitó una serie de documentos de soporte de la misma, los cuales, después de solicitar una prórroga del plazo para su envío, fueron remitidos a la convocada el día 31 de agosto de 2005.

- Consideró la interventoría que el contrato no podía reajustarse de acuerdo con la cláusula 49, en vista de lo cual propuso la suscripción de un otrosí, con el propósito de obtener el restablecimiento del equilibrio del contrato.

- Después de infructuosas reuniones, tendientes a ponerse de acuerdo respecto de los términos del mencionado otrosí, la entidad, no obstante haber aceptado reconocer el desequilibrio económico del contrato, "ratificó su decisión de no restablecer el desequilibrio sufrido por GN Risaralda como consecuencia del desmonte de las exenciones para las empresas de servicios públicos domiciliarios y las modificaciones al Impuesto de Timbre."

1.2. Pretensiones.

Con fundamento en los hechos antes relacionados, la Convocante formuló las siguientes pretensiones²:

"I. PRINCIPALES GENERALES

PRETENSIÓN 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.

PRETENSIÓN 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).

² Folios 49 a 68 cuaderno No. 1 del expediente arbitral.

PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión por parte de la Nación- Ministerio de Minas y Energía 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.

PRETENSIÓN 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.

PRETENSIÓN 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.

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

A las anteriores pretensiones 'principales generales' se formulan las siguientes Pretensiones 'subsidiarias generales':

II. SUBSIDIARIAS GENERALES

En subsidio de la PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL:

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA: que se declare que los cambios en 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,

PRETENSIÓN 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 períodos 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).

PRETENSIÓN TERCERA SUBSIDIARIA: En subsidio de la PRETENSIÓN 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.

PRETENSIÓN CUARTA SUBSIDIARIA: En subsidio de la PRETENSIÓN 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.

[Tanto las pretensiones principales como las subsidiarias se repiten respecto de los impuestos al patrimonio, impuesto para preservar la seguridad democrática, el nuevo gravamen a las transacciones financieras (GMF), impuesto de timbre, desmonte de exenciones para empresas de servicios públicos domiciliarios, sobretasa al impuesto de renta].”

1.3. Demanda de reconvención.

El apoderado de la Nación, dentro de la oportunidad legal, presentó demanda de reconvención³, en cuyo escrito pidió que se declarara el incumplimiento de la sociedad GAS DE RISARALDA S.A. E.S.P., respecto de las obligaciones derivadas del contrato de concesión celebrado, así como la respectiva condena.

Como pretensión subsidiaria solicitó la declaratoria de que la convocante realizó un cobro de lo no debido a los usuarios del área de servicio exclusivo que le fue adjudicada por la convocada, en razón de que les cobró una tarifa mayor a la que resultaría de una correcta aplicación de la fórmula tarifaria, a la cual se obligó la convocante con la suscripción del contrato.

Sostuvo que en el año 2005, con el descubrimiento del pozo de Cusiana aumentó el valor calorífico del gas y condujo a un aumento ficticio en el valor de algunas variables que incidían en el costo, lo que obligaba a la convocante a efectuar las respectivas correcciones para no trasladarlo a los usuarios por la vía tarifaria. Afirmó que esta obligación fue incumplida por la convocante.

1.4. La Cláusula Arbitral.

La cláusula compromisoria que dio origen al proceso arbitral se encuentra contenida 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 de Risaralda*”, en los siguientes términos:

“CLAUSULA 70: COMPROMISORIA

(...) 3. Cualquier diferencia que surja entre las partes 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) árbitros designados de común acuerdo por las partes.

Los árbitros decidirán en derecho.

³ Folios 216 a 232 del cuaderno No.1 del expediente arbitral.

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 remplacen.

(...).”

II. EL LAUDO RECURRIDO

Surtidos los trámites prearbitral y arbitral, el Tribunal de Arbitramento profirió LAUDO el día 10 de febrero de 2012, mediante el cual resolvió lo siguiente⁴:

“FRENTE A LA DEMANDA PRINCIPAL

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 1.998 - 2005, 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 1998-2005, relativo a los efectos generados (i) por la Ley 863 de 2003, mediante la cual se estableció el nuevo impuesto de patrimonio para los años gravables 2004 y 2005; (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*

⁴ Folios 298 a 426 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

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 - 2005, 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 ENERGIA a pagar a favor de GASES DE RISARALDA S.A. ESP la suma de MIL TRESCIENTOS OCHENTA y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1,382,854,330), 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 GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P., que demuestran la afectación sufrida por él entre los años 1.998 - 2005, como consecuencia de las modificaciones tributarias introducidas (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.*

SEXTO: *Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA dar cumplimiento al presente Laudo Arbitral de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177 del C.C.A.*

SÉPTIMO: Denegar la pretensión sexta principal de la demanda relativa a condena en costas, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

OCTAVO: Declarar no probada la excepción de mérito denominada 'Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción' propuesta por el convocante frente a la demanda de reconvencción.

NOVENO: Denegar las pretensiones principales y la subsidiaria de la demanda de reconvencción, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo.

DÉCIMO: Una vez ejecutoriado el presente Laudo, disponer que por secretaría se expida copia auténtica con destino a cada una de las partes con las constancias de ley, así como copia simple al Ministerio Público.

UNDÉCIMO: Disponer que se haga entrega a los árbitros y a la secretaria del saldo de honorarios, correspondiente al 50% de las sumas ordenadas por el Tribunal.

DUODÉCIMO: En firme esta providencia, protocolícese el expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá, precisando que si la partida de gastos destinada para ese efecto es insuficiente, las partes deberán sufragar por mitades, lo que fuere necesario para cubrir ese gasto.”

Mediante auto número 32, calendado el 24 de febrero de 2012⁵, el Tribunal de Arbitramento, a solicitud de la parte convocante, corrigió el laudo, en los siguientes términos:

“1. **Corregir** el Laudo Arbitral proferido el 10 de febrero de 2012 en su capítulo VI 'DECISIÓN', en el sentido de que se trata del Tribunal de Arbitramento conformado para resolver las controversias surgidas entre **Gas del Risaralda S.A. E.S.P., hoy Efigas Gas Natural S.A. E.S.P.** y la Nación Ministerio de Minas y Energía y no entre Gases de Risaralda S.A. E.S.P., como se señala en el Laudo.

Así mismo, **corregir** el numeral quinto de la parte resolutive, en el sentido de que se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a favor de **Gas del Risaralda S.A. E.S.P. hoy Efigas Gas Natural S.A. E.S.P.** la suma de MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA y no a favor de Gases de Risaralda S.A. E.S.P.

(...).”

III. RECURSO DE ANULACIÓN.

⁵ Folios 431 a 432 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

El apoderado de la entidad convocada, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, presentó recurso extraordinario de anulación mediante escrito de 17 de febrero de 2012 invocando las causales de anulación “con fundamento en lo dispuesto por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, por las causales establecidas en los numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989”⁶.

En el escrito contentivo de la sustentación del recurso, se expresó lo siguiente:

“En el caso bajo estudio, nos encontramos en presencia de las dos últimas causales previstas en la norma citada. Como se explicará y sustentará en el presente escrito, el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento de GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P. contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA quebrantó la legalidad del proceso arbitral por dos razones:

- 1. El Tribunal falló por fuera de lo pedido por el apoderado de la parte Convocante en la demanda principal; y*
- 2. El Tribunal no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”*

Los argumentos expuestos por la parte recurrente se desarrollarán en la parte considerativa de esta providencia.

IV. INTERVENCIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE.

Dentro del término de traslado para alegar en el presente trámite de anulación de laudo arbitral, la Convocante se opuso a la prosperidad del recurso de anulación interpuesto por la convocada y sostuvo que “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”⁷.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Mediante concepto radicado el 29 de agosto de 2012⁸, el Ministerio Público conceptuó que “[n]o se debe acceder a la solicitud de anulación del Laudo Arbitral, proferido por el Tribunal de Arbitramento, constituido entre la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la empresa Gas de Risaralda S.A. E.S.P., por haberse pronunciado el Tribunal sin transgredir lo dispuesto por los numerales 8º y 9º del artículo 38 del decreto 2279 de 1989”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia del Consejo de Estado.

⁶ Folio 429 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

⁷ Folios 485 a 501 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

⁸ Folios 510 a 962 cuaderno principal Consejo de Estado.

Para efectos de realizar el análisis de competencia y de pertinencia de las causales de anulación invocadas, corresponde señalar que en el presente caso la convocada, tanto la Nación como el Ministerio de Minas y Energía, tienen el carácter de entidades estatales, con lo cual se cumplen los requisitos previstos por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998 y por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, para que esta Corporación conozca, en única instancia, del recurso de anulación interpuesto.

2. Análisis de las causales de anulación invocadas.

Como lo tiene estudiado la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de anulación se funda en el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, de forma que la decisión arbitral se revise únicamente por errores *in procedendo* y no por errores *in iudicando*, lo cual denota su carácter excepcional; en consecuencia, el juez de la anulación solo podría modificar o adicionar el laudo en caso de que llegare a prosperar la causal de incongruencia por no haberse decidido algunas o todas las cuestiones sometidas a arbitramento⁹ o por haber decidido sobre puntos no sujetos a la decisión de árbitros o cuando se hubiere concedido más de lo pedido; se trata entonces de un recurso de naturaleza extraordinaria y por lo mismo no constituye una instancia más dentro del respectivo proceso arbitral¹⁰.

En este orden de ideas, la Sala acudirá al examen del recurso con fundamento en las causales previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por cuanto a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150, proferida en el año de 2007¹¹, mediante la cual se modificó el artículo 72 de la Ley 80 expedida en 1993, las causales de anulación de los laudos arbitrales correspondientes a controversias generadas en relación con contratos estatales se unificaron con las que se encuentran previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, cuyo contenido coincide con el del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que 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.

...

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.

⁹ Sentencia de 8 de junio de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Expediente 32.398.

¹⁰ Sentencia de 4 de diciembre de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Expediente 32871.

¹¹ La Ley 1150 empezó a regir el 17 de enero de 2008. En el presente caso el laudo fue proferido cuando ya se encontraba vigente dicha Ley, al igual que lo fue la interposición del respectivo recurso de anulación.

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.”*

Ahora bien, conviene precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998, así como en los términos del artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 –modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Que su presentación sea oportuna, b) Que se haga por escrito ante el Tribunal, c) Que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d), **So pena de que el recurso sea declarado desierto**, que las causales sean sustentadas.

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

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

Precisado lo anterior, en el caso presente la Sala advierte que el recurrente, al interponer el recurso, invocó como causales de anulación las previstas en los numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 y en el escrito de sustentación del recurso, según quedó consignado en el acápite pertinente de este proveído, el recurrente hizo expresa referencia a las causales de anulación contenidas en los numerales 8º y 9º del mencionado artículo 38, así como a los argumentos por los cuales debía anularse el laudo recurrido, en virtud de la ocurrencia de estas dos últimas causales.

No se presentó, en cambio, argumento alguno que sustente las causales previstas en los demás de la precitada norma y que también fueron invocadas por la recurrente.

Hechas estas precisiones, procederá la Sala a resolver lo pertinente.

2.1. Consideraciones respecto de la causal 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”.

Como lo ha precisado la Sala¹², esta causal

“... encuentra su razón de ser en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las sentencias deben ‘contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código’.

Una de las particularidades de la causal estudiada consiste, según lo ha expresado la Sala, en que cuando se configura, da lugar a ‘...que el juez de la anulación pueda, además de anular el laudo arbitral, entrar a proferir fallo de instancia, por autorización expresa del legislador -art. 165, inc. 2, Dec. 1818 de 1998-’¹³.

La causal que en este punto se analiza encuentra fundamento, igualmente, en el principio de congruencia entre lo pedido por las partes y lo decidido por el Tribunal, principio contemplado en el artículo 305 del C.P.C., según el cual ‘la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas sí así lo exige la ley’ y, adicionalmente, ‘no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta’.

Lo anterior en consideración a que son los términos de la cláusula compromisoria —o del compromiso— y las solicitudes de convocante y convocada, los extremos que delimitan la competencia de los árbitros, quienes habrán de pronunciarse solamente en relación con los anotados asuntos pero, igualmente, con respecto a todos ellos, sin que sea dable que el Tribunal adopte decisiones extra petita —que recaigan sobre cuestiones no sujetas al arbitraje—, ultra petita —que concedan más de lo pedido—, o mínima petita —que dejen de decidir cuestiones sometidas al proceso— pues, en tales eventos, se tipificará el aludido yerro procedimental que da lugar a la anulación del laudo.

Así pues, el ámbito del debate se encuentra delimitado por el contenido de la demanda —pretensiones y causa petendi— y el de la contestación de la misma —excepciones propuestas por la parte pasiva—, así como por la demanda de reconvenición y su respectiva contestación, cuando a ellas hay lugar, todas las cuales deben estar comprendidas, naturalmente, dentro del objeto del pacto arbitral. Esa determinación del litigio enmarca la competencia de los árbitros y permite definir hasta dónde los mismos pueden

¹² Sentencia del 7 de junio de 2007. Expediente 32.896. Actor: Ingeniería Eléctrica y Electrónica- INGELEL-

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de dos (2) de marzo de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00017-00(29703); Demandante: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. Esp. Corelca S.A. - Esp y Termobarranquilla S.A. Esp. -Tebasa-

válidamente pronunciarse —principio dispositivo—. En esta dirección ha sostenido la Sala:

«Ahora bien, según se ha establecido, el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, trasladan su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia¹⁴, profiriendo una decisión denominada laudo. A dicho mecanismo se llega por vía del pacto arbitral, que es el convenio en el que las partes consignan su voluntad de llevar sus diferencias eventuales, futuras o presentes, al arbitramento, renunciando con ello, a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios¹⁵. Así las cosas, es evidente que son las partes las que desde un primer momento, fijan el objeto del arbitraje, estableciendo, en el pacto arbitral¹⁶, cuál o cuáles son las controversias que someten al conocimiento del tribunal que se ha de constituir, las que seguidamente, se deben reflejar de manera posterior en la demanda o convocatoria del tribunal¹⁷, en la respectiva contestación¹⁸ y, si a ello hay lugar, en la demanda de reconvencción¹⁹ y en la contestación a ésta²⁰, pues todas ellas deben quedar enmarcadas dentro de lo convenido en el pacto arbitral, so pena de que no puedan ser objeto de pronunciamiento por el laudo» (subrayas fuera del texto original)²¹.

2.1.1. Lo alegado por la recurrente en relación con esta causal.

¹⁴ Nota original de la sentencia citada: “Artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y compilado por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.”

¹⁵ Nota original de la sentencia citada: “Artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 115 de la Ley 446 de 1998 y compilado por el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998.”

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: “Al efecto, véanse los artículos 117 a 119 del Decreto 1818 de 1998.”

¹⁷ Nota original de la sentencia citada: “Sobre la convocatoria véase el artículo 13 del Decreto 2651 de 1991, compilado en el artículo 127 del Decreto 1818 de 1998, que establece que ésta debe llenar los requisitos previstos en la ley para la demanda, lo cual remite necesariamente al artículo 75 del C. de P.C. que en su numeral 5 establece como requisito la consignación de lo que se pretende expresado con precisión y claridad, y que las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82 *ibidem*.”

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: “El artículo 92 del C. de P.C., en su numeral 2 establece como contenido de la contestación de la demanda, un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan, y el numeral 3 establece que se deberán manifestar las excepciones que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante.”

¹⁹ Nota original de la sentencia citada: “Conforme al inciso segundo del numeral 2 del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en este proceso cabe la reconvencción. Por su parte, el artículo 400 del C. de P.C., establece: “Durante el término del traslado de la demanda, el demandado podrá proponer la de reconvencción contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial.”

La reconvencción deberá reunir los requisitos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación.

“...(...)” (Subraya la Sala).

²⁰ Nota original de la sentencia citada: “Inciso tercero *ibidem*”.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00018-00(29704); Actor: Empresa Colombiana de Petróleos- Ecopetrol.

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, el recurrente planteó, en síntesis, que ninguna de las pretensiones principales limitó la decisión del Tribunal Arbitral en términos temporales, es decir, que no se restringió el análisis a determinados años o períodos de tiempo, no obstante, manifestó que *“las únicas referencias temporales que tienen las pretensiones son las siguientes: 1) Una declaración en relación con los cambios tributarios **ocurridos durante la vigencia del Contrato**; y 2) Una indemnización derivada de los cambios en la legislación tributaria ocurridas con posterioridad **a la fecha de presentación de la oferta**.”*

En relación con lo anterior, afirmó que como el contrato de concesión se encontraba vigente para la fecha en que se profirió el laudo, el Tribunal Arbitral debió tener en cuenta los cambios tributarios ocurridos hasta ese día.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, señaló que no presentó ningún tipo de limitación temporal al igual que respecto de las pretensiones principales, toda vez que la convocante se refirió a los cambios ocurridos durante la vigencia del contrato y a los montos que resultaren probados en el trámite arbitral.

Como corolario de lo anterior, manifestó 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.”*

Adicionalmente, sostuvo que con las solicitudes de aclaración y complementación presentadas por la convocante a la perito se corrobora que la solicitud estaba encaminada a que se estudiaran los cambios tributarios ocurridos durante toda la vigencia del contrato.

Expresó que a pesar de lo establecido en las pretensiones y en las solicitudes de aclaración y de complementación realizadas por la convocante a la perito, en el laudo no se tuvieron en cuenta los cambios tributarios ocurridos durante los años 2007 a 2012.

Indicó que en la parte motiva del laudo se señaló que *“Los eventuales reclamos, tanto por mayor valor de impuestos como por deducciones correspondientes al periodo 2007 y años posteriores, deberán ser 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”*

En virtud de lo anotado, concluyó que quedó probada la incongruencia entre las pretensiones de la demanda y la decisión contenida en el laudo, toda vez que mientras la convocante solicitaba un pronunciamiento sobre los cambios en la legislación tributaria ocurridos durante la vigencia del Contrato, el Tribunal Arbitral en el laudo restringió su a los cambios ocurridos durante los años 1998 a 2006.

2.1.2. Argumentos de la convocante en relación con la alegada causal.

En el escrito contentivo de la respuesta a la sustentación del recurso de anulación, GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P. - hoy EFIGAS GAS NATURAL S.A. E.S.P.- señaló que las pretensiones que dieron origen a la controversia se refirieron al

incumplimiento del Ministerio en vigencia del Contrato de Concesión, respecto de la obligación de estudiar, considerar, analizar y por consiguiente aprobar o improbar aquellos estudios que presentara el concesionario para demostrar el impacto de los cambios en la legislación tributaria.

Sostuvo que *“para que se pudiera determinar el incumplimiento contractual del Ministerio, se requería validar, en primer momento, el cumplimiento del Concesionario de su obligación de presentación de estudios en los términos exigidos en la mencionada cláusula 49, pues de lo contrario, mal hubiera condenado el Tribunal de Arbitramento al Ministerio sin que el Concesionario no hubiera satisfecho las obligaciones a su cargo. Así las cosas, es pertinente advertir que el Concesionario, dando estricto cumplimiento a los términos contractuales, inició el procedimiento de restablecimiento previsto en la cláusula 49 del Contrato de Concesión, y para ello, presentó ante el Ministerio, y por lo tanto, sometió a su consideración y análisis, y por supuesto, a su aprobación, los estudios que demostraban el impacto sufrido con ocasión de los cambios en el régimen tributario, así como el impacto real sobre el cargo de la red respecto del periodo comprendido entre 1998 y 2006. Entonces, **el Concesionario en sede arbitral no podía demostrar incumplimiento del Ministerio sobre su obligación de analizar, estudiar, considerar o aprobar estudios después de 2006, pues no presentó estudios que reflejaran el cumplimiento -por su parte- de los términos de la cláusula 49 del Contrato de Concesión a partir de 2007.** Así las cosas, por sustracción de materia, y sin perjuicio de que el laudo sea emitido en 2012, y la demanda haya sido presentada en 2009, **las pretensiones declarativas (segunda y tercera principal) y condenatorias (cuarta principal) derivadas del incumplimiento de la obligación, no podían tener por efecto una condena por hechos posteriores a 2006, cuando el propio Concesionario no presentó estudios con posterioridad a esa fecha.**”* (Negritillas del original).

En cuanto a los cambios tributarios ocurridos con posterioridad al año 2006, destacó que *“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.”*

Concluyó que el análisis contenido en la parte considerativa del laudo surgió a partir de los hechos, las pretensiones y las excepciones propuestas y probadas por las partes, razón por la cual la decisión resulta congruente con la parte resolutive, pues, según la convocante, la condena surge del incumplimiento por parte del Ministerio, demostrado a partir de los estudios presentados por el Concesionario en los términos de la cláusula 49 del Contrato de Concesión.

2.1.3. Consideraciones del Ministerio Público en relación con la causal alegada.

El Ministerio Público, en el concepto rendido el 29 de agosto de 2012, consideró que no se configuró la causal invocada, en razón de que el Tribunal Arbitral no podía pronunciarse sobre los cambios tributarios ocurridos con posterioridad al año 2006, por cuanto el concesionario no presentó los estudios correspondientes a esa época.

2.1.4. Consideraciones de la Sala respecto de la causal en el caso concreto.

Como antes se expuso, afirmó la parte recurrente que el Tribunal no resolvió la totalidad de las pretensiones, por cuanto en las mismas se solicitó que el Tribunal conociera de los cambios ocurridos en la legislación tributaria, desde la fecha de presentación de la propuesta y hasta la fecha en la cual el Tribunal profiriera el laudo, mientras que el Tribunal únicamente se ocupó de las reformas ocurridas entre los años 1998 a 2006.

Encuentra la Sala que las pretensiones principales de la demanda se encaminaron, en primer lugar, a que se declarara que las modificaciones en las normas tributarias, ocurridas durante la vigencia del contrato celebrado, afectaron las previsiones del concesionario en esa materia, en efecto, así se expresó:

“PRETENSIÓN 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.”

En segundo lugar, se solicitó que se declarara la responsabilidad de la demandada por el incumplimiento **de las obligaciones consagradas en el contrato**, en relación con las modificaciones en el régimen tributario que afectaban el contrato. El siguiente es el contenido de la respectiva pretensión:

“PRETENSIÓN 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).”

En tercer lugar, se pidió que se declarara que a la convocante le causó perjuicios el incumplimiento de la convocada respecto de la obligación contractual de efectuar la reparación “de los impactos causados al Concesionario” por los cambios ocurridos en la legislación tributaria que afectaren el contrato adjudicado. Se expresó lo siguiente en el escrito contentivo de la demanda:

“PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato de Concesión por parte de la Nación-Ministerio de Minas y Energía 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.”

La Sala no encuentra fundado el cuestionamiento realizado por la recurrente, toda vez que además de que el Tribunal Arbitral examinó y decidió acerca de la incidencia en el contrato de los cambios ocurridos en la legislación tributaria nacional, acudió a las propias estipulaciones contractuales con el propósito de determinar el procedimiento acordado para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato cuando éste se viera afectado por los cambios ocurridos en tal normativa. El Tribunal, en síntesis, analizó los siguientes tópicos:

i) Se ocupó de estudiar los riesgos en general y, en especial, el riesgo tributario, a la luz de las estipulaciones contractuales, así como también de “los documentos originarios del Ministerio” y las “explicaciones que de la misma cláusula [la 49] hizo la interventoría”, a partir de los cuales concluyó lo siguiente:

“Resulta claro de la lectura cuidadosa y sistemática de las cláusulas contractuales antes transcritas, que las partes incluyeron en el contrato el principio legal sobre el Equilibrio Económico del Contrato, cláusulas 4, 34 y 41 y, además, previeron que cuando se tratase de analizar el rompimiento del equilibrio económico del contrato por la ocurrencia de hechos o eventos no regulados especialmente en el contrato, se seguiría el procedimiento previsto en la cláusula 44 del contrato.

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 procederá el restablecimiento del equilibrio económico a su favor, salvo lo establecido en las cláusulas 45 a 49 de este contrato.

Pero, además, en las cláusulas 42 a 53, definieron la forma específica como se haría el reconocimiento del desequilibrio económico, cuando se presentaren los eventos o riesgos determinados, descritos y regulados en tales cláusulas, es decir, con tales disposiciones definieron en cabeza de cuál de las partes se radicaba el riesgo por la eventual ocurrencia de los hechos o circunstancias señalados en cada una de las cláusulas, asunción del riesgo al cual se refiere la cláusula 41 para excluir esos eventos de la regla general.

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.”²²

ii) Respecto de los cambios ocurridos en materia tributaria, concluyó que además de que se pactó que el riesgo sería asumido por el concedente, también se acordó un procedimiento para el restablecimiento del equilibrio, derivado de este riesgo. Así se expresó el Tribunal:

1.- En el contrato las partes pactaron que el riesgo tributario lo asume el concedente y no el concesionario, por lo cual, ante la ocurrencia de cambios en la legislación tributaria que haga más gravosa la situación o costos del concesionario frente a las previsiones de la oferta (de la legislación vigente al momento de presentar la oferta), él tiene el derecho, a título de restablecimiento del equilibrio económico, a una de dos cosas:

i) a un ajuste, de conformidad con la fórmula pactada en el cargo, por concepto de la red de la tarifa, el cual se debe tramitar ante la Comisión de Regulación CREG, solicitud que debe estar acompañada de un estudio sobre impacto real de los cambios tributarios en el cargo de la red integrante de la tarifa, debidamente aprobado por el Concedente, un

²² Laudo arbitral, cuaderno del Consejo de Estado, folios 378.

amigable componedor o un Tribunal de Arbitramento. El estudio exigido por la cláusula 49, es el que corresponde al análisis comparativo de los valores de los impuestos respectivos antes del cambio de legislación y después del cambio de legislación, sin que las partes hayan definido parámetros o requisitos especiales en su presentación.

ii) a que el Concedente le pague el valor equivalente si estima que no es conveniente el ajuste en la tarifa.

2.- Que el contrato transcribe la disposición del artículo 148.6 de la Resolución 057/96, en el cual se definió una fórmula específica para determinar el factor de ajuste a que tiene derecho el Concesionario o para realizar el ajuste, fórmula que hace una comparación entre el monto que por concepto de los impuestos debería pagar el Concesionario en el año anterior sin considerar las variaciones introducidas por la legislación en el mismo período y el valor de los mismos en el mismo período incluyendo los cambios de la legislación tributaria, es decir, los impuestos efectivamente pagados, así como un factor resultante de dividir el monto de los impuestos efectivamente pagados por el total de gastos del Concesionario en dicho año. Este resultado del factor de ajuste Xe6, se incluye, sin variaciones, en la fórmula de ajuste del Dt prevista en la cláusula 36.

3.- Que es obligación del Ministerio de Minas y Energía, en su condición de entidad Concedente, tramitar y decidir sobre el estudio de impacto en la red en la tarifa presentado por el concesionario. Puede aprobarlo o improbarlo, pero no puede abstenerse de decidir sobre el estudio, pues tal conducta omisiva impide el ejercicio del legítimo derecho del concesionario a tramitar el ajuste de la tarifa ante la Comisión de Regulación y, por lo mismo, incurre en incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales.

4.- Que el estudio del impacto real sobre el cargo de la red, debe contener, cuando se trate de la solicitud del primer ajuste, un análisis de los impuestos vigentes en el año de presentación de oferta en la licitación que dio origen al contrato de concesión y un análisis comparativo del valor de los impuestos en la nueva legislación tributaria. Para los siguientes ajustes en los años subsiguientes, debe tener el análisis del valor de los impuestos cuando se efectuó el ajuste anterior y los nuevos costos que por este concepto tenga la nueva legislación tributaria.

5.-Que el concesionario, ante la conducta omisiva (incumplimiento) del Ministerio, de acuerdo con el contrato, puede acudir ante un amigable componedor (cuya determinación está regulada en el mismo contrato Cláusula 70), o puede convocar un Tribunal de Arbitramento a tal fin, en los términos de la misma Cláusula 70.²³

iii) Arribó a la conclusión de que el concesionario en la demanda Arbitral no reclamó la aprobación del estudio presentado a la concedente para acudir ante la CREG, respecto del cual consideró que no existía controversia entre las partes y que ésta se centraba en la declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad, derivado del hecho de no darle trámite a tal estudio; en efecto, así se pronunció:

²³ Laudo arbitral, cuaderno del Consejo de Estado, folios 385 y 386.

“El concesionario al convocar el presente Tribunal de Arbitramento reclamó, no la aprobación del estudio presentado, sino la declaratoria de incumplimiento del Ministerio de esa específica obligación contractual y la indemnización por los perjuicios que ella le generó. Es decir, reclamó el reconocimiento y pago por el Ministerio de los mayores valores en los impuestos especificados en su demanda, opción que fue respaldada por el propio Ministerio, tal como se desprende del oficio suscrito por la Dra. Haydee Daisy Cerquera Lozada, Directora Técnica de Gas, N° 2009019762-del 30 de abril de 2009, dirigido al representante Legal de la Concesionaria, el cual se transcribió anteriormente.

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, reúne 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.”

iv) Sostuvo que en el proceso se demostró que el concesionario fue privado del derecho a tramitar ante la CREG la solicitud para obtener el ajuste de la tarifa por el suministro del gas natural en el área respectiva, en razón de que la entidad concedente no se pronunció acerca del estudio de impacto real en el cargo de la red presentado por el concesionario. Expresó el Tribunal:

“En el caso en estudio, se demostró en el proceso que el concesionario fue privado del derecho a tramitar ante la CREG la 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.”

v) En tanto concluyó que la declaratoria pedida y la indemnización solicitada por la convocante se derivaron del incumplimiento de la convocada respecto del pronunciamiento acerca del estudio presentado por el concesionario para iniciar el trámite ante la CREG, el Tribunal consideró que su competencia se encontraba delimitada por el período al cual hacía referencia el respectivo estudio. Así se pronunció:

“(i) Que el demandante pretende la declaración de incumplimiento del Ministerio de Minas y Energía de su obligación derivada del contrato de concesión, al no haberse pronunciado sobre el estudio presentado por el Concesionario para iniciar el trámite previsto en la Cláusula 49 del Contrato de Concesión.

(ii) Que el Demandante busca, consiguientemente, la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento citado.

(iii) Que esos perjuicios se concretan en la imposibilidad de ajustar las tarifas en el valor de variación de los impuestos y, por ende, en la pérdida de los dineros que por tal vía debía haber recibido.

(iv) Que las pretensiones se refieren a los efectos perjudiciales para el concesionario, por las variaciones en los impuestos entre el momento de la presentación de su oferta y el año 2005, último año sobre el cual presentó al Ministerio estudios de impacto por la variación de la legislación tributaria.

De esa manera, 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.

Es bien claro, y así resulta de los documentos obrantes en el expediente como prueba, que el concesionario presentó ante el Ministerio solamente estudios de impacto real en el cargo de la red, por los años 1.997 a 2004, inicialmente, y que con posterioridad, presentó actualizaciones por el año 2005. (Folios 313, 562, 621, 622, 662 y siguientes, 697, 698, 723, 746 cuaderno de pruebas N° 1; 172, 415, del cuaderno de pruebas N° 3; 178, 179 del cuaderno de pruebas N° 2).

Por ello, el estudio de evaluación elaborado por el Ministerio comprende esos mismos períodos, 1998 a 2005.²⁴ (Negritas añadidas).

De conformidad con lo expuesto, encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente respecto de la alegada causal de anulación del laudo por haberse proferido una decisión *infra petita*, toda vez que el Tribunal efectuó una específica referencia a ese período -1998 a 2005-, no porque hubiere dejado pretensiones sin resolver, sino en razón tanto del contenido de las mismas pretensiones, como de su propia interpretación acerca de las estipulaciones contractuales.

En consecuencia, no prospera la causal invocada.

2.2. Consideraciones respecto de la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “Haberse 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 esta modalidad de la causal en comento, y al efecto ha dicho que:

“...la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998²⁵, dado que implica que la materia

²⁴ Laudo arbitral, cuaderno del Consejo de Estado, folios 402 y 403.

²⁵ En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

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.²⁶

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

- 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.²⁷ (Se resalta).*

2.2.1. Lo alegado por la recurrente en relación con esta causal.

Con el propósito de demostrar la configuración de la causal de nulidad contenida en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, el recurrente planteó, en síntesis, que las pretensiones de la convocante estaban encaminadas a que se declarara la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, por el incumplimiento de la obligación de APROBAR el estudio del impacto de las modificaciones tributarias o por el incumplimiento de la obligación de REPARAR directamente al concesionario.

Manifestó que, no obstante, en el laudo se declaró la responsabilidad de la entidad convocada por la violación de la supuesta obligación de 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, es decir, que se declaró la responsabilidad por un motivo distinto al pretendido.

²⁶ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

²⁷ Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476; actor: Telecom en Liquidación. Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Al respecto sostuvo que *“mientras que 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”*.

2.2.2. Argumentos de la convocante en relación con la alegada causal.

En el escrito contentivo de la respuesta a la sustentación del recurso de anulación, GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P. - hoy EFIGAS GAS NATURAL S.A. E.S.P.- manifestó que el recurrente *“fabrica un sofisma distractor a partir de la utilización de un juego de palabras con las expresiones ‘aprobar’, ‘analizar y decidir’, pretendiendo con ello señalar que se trataba de dos obligaciones diferentes”*.

También señaló que *“el recurrente desconoce y quiere pasar inadvertido el enlace lógico entre las solicitudes declarativas y de condena que contienen las pretensiones SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA principales de la demanda - reflejadas correlativamente en los numerales tercero, cuarto y quinto de la decisión arbitral- y, sobre todo, busca mediante un juego gramatical crear en sede de recurso de anulación, la falacia de dos obligaciones diferentes, cuando todo el debate probatorio, la motivación del laudo, las pretensiones de la demanda y las decisiones declarativas y de condena, se refieren a una misma obligación incumplida por parte del Ministerio de Minas y Energía”*.

Al respecto sostuvo que *“No se puede perder de vista que la pretensión cuarta principal no está aislada, de las dos anteriores contenidas en la demanda (segunda y tercera principal), pues claramente se refiere a la condena de los perjuicios derivados por el incumplimiento del Ministerio de sus obligaciones a la luz de la cláusula 49 del Contrato de Concesión, tal y como lo señala el Laudo recurrido. Dicha congruencia entre lo pedido y lo decidido, surge de una misma obligación del Ministerio (cláusula 49), a cuya declaración de incumplimiento se refiere en la pretensión segunda principal, a cuya declaración de perjuicios generados se refiere la pretensión tercera principal, y cuya condena se desprende de la pretensión cuarta principal. En ese mismo orden, el Tribunal de Arbitramento, DECLARA el incumplimiento de las obligaciones contractuales (numeral tercero de la parte resolutive del Laudo), DECLARA la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento de dichas obligaciones (numeral cuarto de la parte resolutive del Laudo), y CONDENA (numeral quinto de la parte resolutive del Laudo), guardando exacta congruencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, pues siempre se refiere a la MISMA OBLIGACION CUYO CUMPLIMIENTO SE DEBATIO A LO LARGO DE TODO EL TRÁMITE ARBITRAL, esto es, haber considerado, analizado, estudiado, y como consecuencia de ello, haber aprobado los estudios presentados por el Concesionario con sujeción al procedimiento previsto en la cláusula 49 del Contrato de Concesión.”*

2.2.3. Consideraciones del Ministerio Público respecto de la causal alegada.

En el concepto rendido el 29 de agosto de 2012 sostuvo la delegada del Ministerio Público que no se configuraba la causal, en razón a que el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA *“pretende desconocer la relación lógica que existe entre las*

pretensiones transcritas (segunda, tercera y cuarta principal) en torno a una misma obligación del Ministerio de Minas, que se dijo incumplida. A partir del decir equivocado, de que cada una de las aludidas pretensiones versa supuestamente sobre obligaciones distintas, por lo tanto desviando la discusión hacia una supuesta incongruencia del laudo, concluyendo que las decisiones asumidas por el Tribunal de Arbitramento exceden los límites de la litis propuestos, situación que se denota al explicarlo de la siguiente manera: mientras la pretensión segunda principal, claramente identifica la obligación y pide que se declare el incumplimiento de la misma, la tercera principal refiere a que con base en la declaración anterior se declare que dicho incumplimiento le causó perjuicios al concesionario y, por último, la cuarta principal solicita que como consecuencias lógica y jurídica de dicho incumplimiento, daño y nexos 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 respectivo.”

2.2.4. Consideraciones de la Sala respecto de la causal en el caso concreto.

En síntesis, sostuvo la recurrente que la demanda se estructuró a partir del incumplimiento en la obligación de *“aprobar o dar un visto favorable al estudio presentado por la convocante”*, mientras que el Tribunal declaró la responsabilidad de la convocada por el incumplimiento de una obligación inexistente: *“analizar y decidir”*.

De acuerdo con los argumentos de la convocante, el laudo habría recaído sobre puntos no pedidos en la demanda arbitral, es decir, no se refirió a los hechos y a las pretensiones formulados en la demanda, por lo cual, éste no fue concordante o armónico con los extremos del proceso, en virtud de lo cual resultó inconsonante o incongruente.

Como se mencionó antes, la convocante solicitó la declaratoria de responsabilidad de la entidad *“por el incumplimiento de las 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).”*

Sea lo primero advertir que el Tribunal, en uso de la facultad-deber que le asiste al juez para interpretar la demanda²⁸ y que, desde luego, también incluye a la justicia

²⁸ Sobre el tema de la interpretación de la demanda la Sala de Sección ha sostenido lo siguiente:

“La interpretación y concreción del petitum que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador de interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando del contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, por mandato legal contenido en el artículo 4º del C. de P. C., tener en cuenta “que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...”: Con acierto sostuvo la Corte que “una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no solo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hechos y de derecho” (XLIV. Pág. 627). No se puede entonces desestimar la demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales “prevalecerá el derecho sustancial.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 22 de 1991, Rad. 6223. C.P. Daniel Suárez Hernández.

arbitral, delimitó su competencia y estableció el alcance de la demanda, en los siguientes términos:

“El apoderado del Ministerio no planteó la supuesta incompetencia del Tribunal para dar aplicación a la cláusula 49 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. La ha planteado en el alegato de conclusión, como un subtema dentro del capítulo relativo a las pretensiones de la demanda relacionadas con el supuesto cumplimiento de las condiciones para que operara la cláusula 49 del contrato de concesión.

(...).

Así, el apoderado del Ministerio fundamenta en dos consideraciones su planteamiento sobre la falta de competencia del Tribunal para aplicar la cláusula 49 del contrato de concesión:

a.- Porque solo la CREG es la competente para introducir modificaciones a las fórmulas de terminación de las tarifas y sus ajustes, y

b.- Porque la decisión sobre si se efectúa el restablecimiento del equilibrio del contrato no vía tarifa sino con cargo al presupuesto del Ministerio, corresponde a una facultad privativa del Ministerio.

Sea lo primero precisar que en la demanda no se solicitó que el Tribunal ordene la modificación de las tarifas; se pidió que se declare el incumplimiento del contrato por el Ministerio y que se le condene a éste al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios ocasionados por tal incumplimiento. (Pretensiones primera a cuarta principales).

En efecto, tal como se lee en las pretensiones principales de la demanda las cuales fueron transcritas antes, el concesionario solicitó al Tribunal:

‘PRETENSIÓN 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.

PRETENSIÓN 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).

PRETENSIÓN 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.

PRETENSIÓN 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. (Las subrayas no son del texto original).

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.²⁹

En relación con las obligaciones consagradas en el contrato, efectuó el Tribunal el análisis de diversas cláusulas del contrato y, entre otras, se ocupó de la cláusula 49, respecto de la cual expresó lo siguiente:

“(...) previeron las partes diferentes eventos, en que se puede romper el equilibrio económico del contrato por hechos que no son de responsabilidad del concesionario, y la manera y el procedimiento como deben proceder a fin de restablecerlo, es decir, señalaron específicamente quién asumía el riesgo respectivo.

Así, en estas cláusulas las partes determinaron cuáles son los riesgos previsibles del contrato, la parte que debe asumirlos, y la fórmula para restablecer el equilibrio ante la ocurrencia de cada uno de los riesgos determinados.

A los efectos del tema objeto del proceso arbitral, señalaron en la cláusula 49:

‘CLÁUSULA 49: FACTOR DE AJUSTE POR CAMBIOS EN EL RÉGIMEN TRIBUTARIO. 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 Xe6 sobre el Dv 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 calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

“(...).

²⁹ Laudo arbitral, cuaderno del Consejo de Estado, folios 387 y 388.

Sin perjuicio de lo anterior, si en este evento el CONCEDENTE considera inconveniente el aumento de las tarifas resultante de la modificación del cargo promedio máximo unitario de la red, el CONCEDENTE podrá, en su lugar, restablecer el equilibrio en un valor equivalente con cargo a su presupuesto.”³⁰

También se ocupó el Tribunal de la interpretación de la cláusula 49, a partir de la cual concluyó que constituía una obligación de la entidad concedente el pronunciarse acerca del estudio realizado por el concesionario sobre el impacto de los cambios tributarios en el cargo de la red, con miras a su aprobación o improbación. Así se expresó el Tribunal:

“Para poder darle trámite a la solicitud de ajuste de la tarifa ante la CREG, la citada cláusula 49 prevé que el concesionario debe presentar un estudio, debidamente aprobado por el Concedente, y, a falta de ésta 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 improbación.*

*Así, contrariamente a lo afirmado por el apoderado de la convocada en su alegato de conclusión, el Tribunal encuentra que en la cláusula 49 sí existe una obligación a cargo del Ministerio, de **pronunciarse** sobre el estudio presentado por el Concesionario.*

Debe cumplir con ese trámite a fin de permitir que el Concesionario pueda ejercer su derecho a solicitar ante la CREG el ajuste de la tarifa en el cargo por la red. Si no se entiende la previsión de la cláusula 49 como una obligación, estaría al arbitrio o discreción del Ministerio, permitir que el Concesionario ejerza su derecho, lo cual resulta inaceptable a la luz de los principios de contratación.

Por ello, en aplicación de lo previsto en el art.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 hace nugatorio el derecho de éste 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.

Con todo, si el Ministerio no cumple con ese deber de decidir sobre el estudio presentado, la misma cláusula previó como opción para el Concesionario, que éste pueda acudir a uno de los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el contrato, cláusula 70: puede acudir a un amigable componedor a fin de que éste lo apruebe o, en últimas, puede convocar a un Tribunal de Arbitramento para que éste decida sobre el mismo estudio.

³⁰ Laudo arbitral, cuaderno del Consejo de Estado, folios 379.

Pero esta opción constituida a favor del Concesionario, en manera alguna exime a la entidad de pronunciarse hasta tanto el concesionario ejerza la opción.

Por ello, 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”.³¹

Como se observa, el Tribunal llegó a la conclusión de que la entidad tenía la obligación de pronunciarse acerca de los estudios presentados por el concesionario, a partir de la interpretación que efectuó del contenido de la cláusula 49, en cumplimiento de la precisa delimitación efectuada en la segunda pretensión en el sentido de declarar el incumplimiento a partir de las obligaciones consagradas en el mismo contrato; así pues, no encuentra la Sala que éste se hubiere pronunciado respecto de temas que no se hubiesen planteado en las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, no prospera la causal alegada.

VII. CONCLUSIÓN SOBRE EL RECURSO DE ANULACIÓN

Visto todo lo anterior se concluye que ninguna de las causales invocadas por el apoderado de LA NACION – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, tuvo virtualidad para prosperar y, en consecuencia, debe declararse infundado el recurso de anulación propuesto en contra del laudo proferido el 10 de febrero de 2012, con la consecuente condena en costas a cargo de la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por LA NACION – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, contra el laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2012 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre esta entidad y la sociedad GAS DEL RISARALDA S.A. E.S.P. –hoy EFIGAS S.A. E.S.P.-, con ocasión 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 EN EL ÁREA DENOMINADA ÁREA DE RISARALDA*”, suscrito en abril de 1997.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la recurrente LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, en el trámite arbitral, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

³¹ Laudo arbitral, cuaderno del Consejo de Estado, folios 381.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de quien fungió como su Presidente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA