

LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

EFIGÁS S.A. E.S.P.

contra

LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

(Nos. 4629, 4631 y 4632)

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros María Teresa Palacio Jaramillo, Presidente, William Barrera Muñoz y José Alejandro Bonivento Fernández, con la Secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **EFIGÁS S.A. E.S.P.**, parte convocante (en lo sucesivo, la convocante, Efigás o el Concesionario) y **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, parte convocada (en lo sucesivo, la convocada, el Ministerio o la Concedente).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

- 1.** El 26 de abril de 1997, la empresa Gas Natural del Centro S.A. E.S.P. y La Nación – Ministerio de Minas y Energía suscribieron 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 CALDAS.

- 2.** En la misma fecha, la empresa Gas del Risaralda S.A. E.S.P. y La Nación – Ministerio de Minas y Energía suscribieron 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 DE RISARALDA.

- 3.** También en la misma fecha, la empresa Gases del Quindío S.A. E.S.P. y La Nación – Ministerio de Minas y Energía suscribieron 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 DE QUINDÍO.

En lo sucesivo, el Tribunal se referirá a dichos contratos, como el “Contrato de Concesión”, el “Contrato” o los “Contratos”.

- 4.** En la cláusula 70 de dichos Contratos las partes estipularon la siguiente cláusula compromisoria, que se transcribe en lo pertinente:

“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.

“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”.

- 5.** El 3 de junio de 2016, con fundamento en la cláusula transcrita, la convocante, mediante apoderado general, presentó demandas y solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

- 6.** De conformidad con el pacto arbitral, según da cuenta el documento que obra a folio 077 del Cuaderno Principal No. 1, las partes por común acuerdo designaron a los árbitros que integrarían el presente Tribunal, a saber, los doctores William Barrera Muñoz, José Alejandro Bonivento Fernández y María Teresa Palacio Jaramillo. Los árbitros designados aceptaron en forma oportuna los nombramientos.

- 7.** El 24 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente a la doctora María Teresa Palacio Jaramillo y como Secretario al doctor Fernando Pabón Santander (Acta No. 1, folios 304 del Cuaderno Principal N° 1).

- 8.** En la misma audiencia, en atención a la solicitud conjunta de las partes y por satisfacerse los requisitos legales, el Tribunal resolvió acumular los procesos con referencias 4629, 4632 y 4631 y tramitarlos todos bajo este último proceso. De igual manera, admitió las demandas arbitrales y dispuso la notificación personal del auto admisorio a la convocada y la correspondiente notificación acerca de la existencia del proceso al Ministerio Público y a la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado.

- 9.** El 1 de marzo de 2017, la convocada, por conducto de apoderada judicial interpuso recurso de reposición contra la decisión de admitir las demandas. Mediante auto de 26 de abril de 2017 se resolvió no reponer el auto admisorio de las demandas.

- 10.** El 6 de julio de 2017, la convocada presentó contestaciones de las demandas. En la misma oportunidad, presentó demandas de reconvencción.
- 11.** Por auto de 10 de julio de 2017 se admitieron las demandas de reconvencción. La parte convocante recurrió dicha providencia. Mediante auto de 28 de julio de 2017, se resolvió no reponer el auto admisorio de las demandas de reconvencción.
- 12.** El 30 de agosto de 2017, la demandada en reconvencción presentó contestaciones de las demandas de reconvencción.
- 13.** Por auto de 1 de septiembre de 2017, se dio traslado a la parte convocante, por el término legal de cinco días y para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, de los escritos de contestación de las demandas en los que la convocada propuso excepciones de mérito. De igual manera, se dio traslado a la parte convocada, por el término legal de cinco días y para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, de los escritos de contestación de las demandas de reconvencción en los que la convocante propuso excepciones de mérito. Así mismo, se dio traslado a las partes de las objeciones a los juramentos estimatorios formuladas recíprocamente por cada parte.
- 14.** El 25 de septiembre de 2017, la convocante presentó escritos de reforma a las demandas.
- 15.** El 26 de septiembre de 2017, la convocada presentó escritos de reforma de las demandas de reconvencción.

- 16.** Mediante autos de 26 de septiembre de 2017, se admitieron las reformas de las demandas principal y de reconvención.
- 17.** El 9 de octubre de 2017, la convocante presentó escritos de contestación a las reformas de las demandas de reconvención.
- 18.** El 10 de octubre de 2017, la convocada presentó escritos de contestación a las reformas de la demanda.
- 19.** Por auto de 11 de octubre de 2017, se dio traslado a la parte convocante, por el término legal de cinco días y para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, de los escritos de contestación de las reformas de la demanda en los que la convocada propuso excepciones de mérito. De igual manera, se dio traslado a la parte convocada, por el término legal de cinco días y para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, de los escritos de las contestaciones de las reformas de la demanda de reconvención en los que la convocante propuso excepciones de mérito. Así mismo, se dio traslado a las partes de las objeciones a los juramentos estimatorios formuladas recíprocamente por cada parte.
- 20.** El 14 de noviembre de 2017, se dio inicio a la audiencia de conciliación (Acta No 9, folio 292 del Cuaderno Principal No. 3). Dicha diligencia se suspendió por solicitud de las partes. La audiencia se reanudó el 5 de diciembre de 2017 y culminó sin ningún acuerdo entre las partes (Acta No 10, folio 296 del Cuaderno Principal No. 3).
- 21.** Así las cosas, el Tribunal señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. Oportunamente, esto es, dentro

del término previsto en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la parte convocante entregó a órdenes del Árbitro Presidente la totalidad de las sumas de dinero fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento y otros. Conforme obra en el Acta No. 15 (folio 447 del Cuaderno Principal No. 3) la convocada acreditó el reembolso que hizo a la convocante de la porción de gastos y honorarios a su cargo.

22. El 29 de enero de 2018, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la que el Tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

A. Hechos en que se fundamenta la demanda reformada

Los hechos que invoca la convocante en las demandas reformadas se encuentran relacionados en el Capítulo 7 de dicho escrito bajo los numerales 7.1 a 7.5.10 y a ellos se remite el Tribunal. En desarrollo de las consideraciones de esta providencia se hará referencia a aquellos que sean pertinentes y relevantes para las decisiones que habrán de adoptarse, por lo cual no se estima necesario transcribirlos en este acápite del laudo.

B. Las pretensiones de las demandas principales reformadas

La convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones de esta providencia:

Pretensiones relativas al Área de Caldas

“6.1.- PRETENSIONES ANULATORIAS PRINCIPALES

PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Declárese la nulidad de la Resolución No. 4 0617, fechada en junio 23 de 2016, *“Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas”*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

SEGUNDA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Declárase la nulidad de la Resolución No. 4 0958, fechada en octubre 6 de 2016, *“Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Caldas”*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

6.2.- PRETENSIONES ANULATORIAS SUBSIDIARIAS

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Aplíquese la excepción de inconstitucionalidad y/o la excepción de ilegalidad respecto de la Resolución No. 4 0617, fechada en junio 23 de 2016, *“Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas”, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.***

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Desconózcense o déjense sin efectos las consecuencias económicas del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 4 0617, fechada en junio 23 de 2016, *“Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas”,* expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Inaplíquese la Resolución No. 4 0617, fechada en junio 23 de 2016, *“Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas”,* expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Aplíquese la excepción de inconstitucionalidad y/o la excepción de ilegalidad respecto de la Resolución No. 4 0958, fechada en octubre 6 de 2016, *“Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Caldas”, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.***

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL.- (nueva).

Desconózcense o déjense sin efectos las consecuencias económicas del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 4 0958, fechada en octubre 6 de 2016, *“Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Caldas”, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.***

TERCERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva).

Inaplíquese la Resolución No. 4 0958, fechada en octubre 6 de 2016, *“Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Caldas”, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.***

6.3.- PRETENSIONES RELATIVAS AL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE LAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN TRIBUTARIO

PRIMERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial).

Declárese que en vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al régimen tributario, que afectaron las previsiones que en materia de impuestos el Concesionario tuvo en cuenta para la presentación de su oferta:

a). Desde el año 2008 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF– y del Impuesto al Patrimonio.

SEGUNDA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial).

Declárese que, como consecuencia de las modificaciones al régimen tributario que afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, en cumplimiento del Contrato de Concesión, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico.

TERCERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Declárese que en los términos del Contrato de Concesión, la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las afectaciones de las previsiones del Concesionario en materia de impuestos por modificaciones al régimen tributario.

CUARTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Declárese que la **Nación – Ministerio de Minas**

y Energía no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, que ocasionaron perjuicios al Concesionario.

QUINTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Declárese que el incumplimiento por parte de la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** de su obligación de realizar actuaciones administrativas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, ocasionó perjuicios al Concesionario.

SEXTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios causados al Concesionario por el incumplimiento de su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Condénese a la **Nación – Ministerio de**

Minas y Energía a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al régimen tributario que afectaron sus previsiones en materia de impuestos tenidas en cuenta para la presentación de su oferta respecto de los siguientes plazos según cada caso:

a).- Desde el año 2008 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros y del Impuesto al Patrimonio.

SÉPTIMA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial pero ya no con el carácter subsidiario sino principal). Declárese que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por cambios en el régimen tributario.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- (se mantiene de la demanda inicial). En subsidio de las PRETENSIONES PRINCIPALES y de las subsidiarias anteriores.

Con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con las normas legales que el Tribunal de Arbitramento considere aplicables por virtud del principio *iura novit curia*, en particular lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago, al Concesionario, de la mayor carga tributaria que de manera imprevista tuvo que asumir el Concesionario en vigencia del

Contrato de Concesión respecto de los períodos que se prueben para cada tributo, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.

6.4.- PRETENSIONES RELATIVAS AL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE LAS DETERMINACIONES DE CARÁCTER TÉCNICO SOBREVINIENTES A LA CELEBRACIÓN DE DICHO CONTRATO

PRIMERA PRINCIPAL.- Declárese que en vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

SEGUNDA PRINCIPAL.- Declárese que, como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión introducidas en vigencia del mismo que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico.

TERCERA PRINCIPAL.- Declárese que en los términos del Contrato de Concesión, la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del

mismo, debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaran sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

CUARTA PRINCIPAL.- Declárese que la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

QUINTA PRINCIPAL.- Declárese que el incumplimiento por parte de la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** de su obligación de realizar actuaciones administrativas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

SEXTA PRINCIPAL.- Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios causados al Concesionario por el incumplimiento de su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.- Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SÉPTIMA PRINCIPAL.- Declárese que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de

Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- En subsidio de las PRETENSIONES PRINCIPALES y de las subsidiarias anteriores.

Con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con las normas legales que el Tribunal de Arbitramento considere aplicables por virtud del principio *iura novit curia*, en particular lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago, al Concesionario, de los mayores costos por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.

6.5.- PRETENSIONES GENERALES Y/O COMUNES A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES DE PRETENSIONES

PRIMERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Declárese que, salvo por los aspectos relativos a los desequilibrios económicos de carácter tributario y técnico a los que se

refieren las pretensiones declaratorias y de condena precedentes, no existen obligaciones pendientes de cumplir a cargo de **EFIGAS S.A. E.S.P.**, o de **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** por concepto del Contrato de Concesión Especial.

SEGUNDA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Como consecuencia de la PRETENSIÓN anterior, se declare liquidado el Contrato de Concesión, previo cumplimiento por parte de **La Nación – Ministerio de Minas y Energía**, de las condenas que se le impongan con base en las pretensiones precedentes.

TERCERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Que se ordene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** dar cumplimiento al Laudo arbitral que ponga fin al proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL.- (nueva). Dispóngase que todas las sumas que deba pagar **La Nación – Ministerio de Minas y Energía**, a favor de **EFIGAS S.A. E.S.P.**, deberán ser actualizadas y, además, devengarán intereses a la máxima tasa permitida por la ley, desde la fecha de ejecutoria del Laudo hasta la fecha efectiva del pago.

CUARTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Que se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

QUINTA PRINCIPAL.- (nueva). Todas las órdenes o condenas de pago que se profieran deben liquidarse con la actualización de las correspondientes sumas de dinero y los intereses comerciales, a la tasa más alta permitida por la ley, desde el momento en que debió realizarse el pago correspondiente y la fecha en que se libre la decisión de pago.

Pretensiones relativas al Área de Quindío

“6.1.- PRETENSIONES ANULATORIAS PRINCIPALES

PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Declárese la nulidad de la Resolución No. 4 0616, fechada en junio 23 de 2016, *“Por la cual se liquida unilateralmente 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 QUINDIO”*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

SEGUNDA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Declárase la nulidad de la Resolución No. 4 0959, fechada en octubre 6 de 2016, *“Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 QUINDÍO”*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

6.2.- PRETENSIONES ANULATORIAS SUBSIDIARIAS

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Aplíquese la excepción de inconstitucionalidad y/o la excepción de ilegalidad respecto de la Resolución No. 4 0616, fechada en junio 23 de 2016, "*Por la cual se liquida unilateralmente 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 QUNDÍO*", expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Desconózcanse o déjense sin efectos las consecuencias económicas del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 4 0616, fechada en junio 23 de 2016, "*Por la cual se liquida unilateralmente 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 QUNDÍO*", expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Inaplíquese la Resolución No. 4 0616, fechada en junio 23 de 2016, "*Por la cual se liquida unilateralmente 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 QUNDÍO*", expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Aplíquese la excepción de inconstitucionalidad y/o la excepción de ilegalidad respecto de la Resolución No. 4 0959, fechada en octubre 6 de 2016, *"Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0616 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 QUNDÍO"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL.- (nueva).

Desconózcense o déjense sin efectos las consecuencias económicas del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 4 0959, fechada en octubre 6 de 2016, *"Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0616 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 QUNDÍO"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

TERCERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Inaplíquese la Resolución No. 4 0959, fechada en octubre 6 de 2016, *"Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0616 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 QUNDÍO”, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.***

6.3.- PRETENSIONES RELATIVAS AL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE LAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN TRIBUTARIO

PRIMERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial).

Declárese que en vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al régimen tributario, que afectaron las previsiones que en materia de impuestos el Concesionario tuvo en cuenta para la presentación de su oferta:

a). Desde el inicio del contrato hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros – GMF–, el Impuesto al Patrimonio, el impuesto para preservar la seguridad democrática, impuesto de timbre y sobretasa al impuesto de renta.

SEGUNDA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial).

Declárese que, como consecuencia de las modificaciones al régimen tributario que afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, en cumplimiento del Contrato de Concesión, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico.

TERCERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Declárese que en los términos del Contrato de Concesión, la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las afectaciones de las previsiones del Concesionario en materia de impuestos por modificaciones al régimen tributario.

CUARTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Declárese que la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, que ocasionaron perjuicios al Concesionario.

QUINTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Declárese que el incumplimiento por parte de la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** de su obligación de realizar actuaciones administrativas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, ocasionó perjuicios al Concesionario.

SEXTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro

cesante) de los perjuicios causados al Concesionario por el incumplimiento de su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al régimen tributario que afectaron sus previsiones en materia de impuestos tenidas en cuenta para la presentación de su oferta respecto de los siguientes plazos según cada caso:

a).- Desde el inicio del contrato hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros – GMF–, el Impuesto al Patrimonio, el impuesto para preservar la seguridad democrática, impuesto de timbre y sobretasa al impuesto de renta.

SÉPTIMA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial pero ya no con el carácter subsidiario sino principal). Declárese que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por cambios en el régimen tributario.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- (se mantiene de la demanda inicial). En subsidio de las PRETENSIONES PRINCIPALES y de las subsidiarias anteriores.

Con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con las normas legales que el Tribunal de Arbitramento considere aplicables por virtud del principio *iura novit curia*, en particular lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago, al Concesionario, de la mayor carga tributaria que de manera imprevista tuvo que asumir el Concesionario en vigencia del Contrato de Concesión respecto de los períodos que se prueben para cada tributo, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.

6.4.- PRETENSIONES RELATIVAS AL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE LAS DETERMINACIONES DE CARÁCTER TÉCNICO SOBREVINIENTES A LA CELEBRACIÓN DE DICHO CONTRATO

PRIMERA PRINCIPAL.- Declárese que en vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

SEGUNDA PRINCIPAL.- Declárese que, como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión introducidas en vigencia del mismo que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico.

TERCERA PRINCIPAL.- Declárese que en los términos del Contrato de Concesión, la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaran sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

CUARTA PRINCIPAL.- Declárese que la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

QUINTA PRINCIPAL.- Declárese que el incumplimiento por parte de la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** de su obligación de realizar actuaciones administrativas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, ocasionó perjuicios al Concesionario.

SEXTA PRINCIPAL.- Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios causados al Concesionario por el incumplimiento de su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.- Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos

de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SÉPTIMA PRINCIPAL.- Declárese que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- En subsidio de las PRETENSIONES PRINCIPALES y de las subsidiarias anteriores.

Con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con las normas legales que el Tribunal de Arbitramento considere aplicables por virtud del principio *iura novit curia*, en particular lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago, al Concesionario, de los mayores costos por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos

de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.

6.5.- PRETENSIONES GENERALES Y/O COMUNES A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES DE PRETENSIONES

PRIMERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Declárese que, salvo por los aspectos relativos a los desequilibrios económicos de carácter tributario y técnico a los que se refieren las pretensiones declaratorias y de condena precedentes, no existen obligaciones pendientes de cumplir a cargo de **EFIGAS S.A. E.S.P.**, o de **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** por concepto del Contrato de Concesión Especial.

SEGUNDA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Como consecuencia de la PRETENSIÓN anterior, se declare liquidado el Contrato de Concesión, previo cumplimiento por parte de **La Nación – Ministerio de Minas y Energía**, de las condenas que se le impongan con base en las pretensiones precedentes.

TERCERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Que se ordene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** dar cumplimiento al Laudo arbitral que ponga fin al proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL.- (nueva). Dispóngase que todas las sumas que deba pagar **La Nación – Ministerio de Minas y Energía,** a favor de **EFIGAS S.A. E.S.P.,** deberán ser actualizadas y, además, devengarán intereses a la máxima tasa permitida por la ley, desde la fecha de ejecutoria del Laudo hasta la fecha efectiva del pago.

CUARTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Que se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

QUINTA PRINCIPAL.- (nueva). Todas las órdenes o condenas de pago que se profieran deben liquidarse con la actualización de las correspondientes sumas de dinero y los intereses comerciales, a la tasa más alta permitida por la ley, desde el momento en que debió realizarse el pago correspondiente y la fecha en que se libre la decisión de pago.

Pretensiones relativas al Área de Risaralda

“6.1.- PRETENSIONES ANULATORIAS PRINCIPALES

PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Declárese la nulidad de la Resolución No. 4 0620, fechada en junio 23 de 2016, *“Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas (sic)", expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

SEGUNDA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Declárase la nulidad de la Resolución No. 4 0957, fechada en octubre 6 de 2016, *"Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 (sic) del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

6.2.- PRETENSIONES ANULATORIAS SUBSIDIARIAS

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Aplíquese la excepción de inconstitucionalidad y/o la excepción de ilegalidad respecto de la Resolución No. 4 0620, fechada en junio 23 de 2016, *"Por la cual se liquida unilateralmente 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"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Desconózcense o déjense sin efectos las consecuencias económicas del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 4 0620, fechada en junio 23

de 2016, *"Por la cual se liquida unilateralmente 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"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Inaplíquese la Resolución No. 4 0620, fechada en junio 23 de 2016, *"Por la cual se liquida unilateralmente 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"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA ANULATORIA PRINCIPAL.- (nueva). Aplíquese la excepción de inconstitucionalidad y/o la excepción de ilegalidad respecto de la Resolución No. 4 0957, fechada en octubre 6 de 2016, *"Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 (sic) del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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"*, expedida por el **Ministerio de Minas y Energía**.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL.- (nueva). Desconózcense o déjense sin efectos las consecuencias económicas del Acto Administrativo contenido en la

Resolución No. 4 0957, fechada en octubre 6 de 2016, "*Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 (sic) del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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*", expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

TERCERA SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA ANULATORIA

PRINCIPAL.- (nueva). Inaplíquese la Resolución No. 4 0957, fechada en octubre 6 de 2016, "*Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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*", expedida por el **Ministerio de Minas y Energía.**

6.3.- PRETENSIONES RELATIVAS AL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE LAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN TRIBUTARIO

PRIMERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial).

Declárese que en vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al régimen tributario, que afectaron las previsiones que en materia de impuestos el Concesionario tuvo en cuenta para la presentación de su oferta:

a). Desde el año 2006 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF–, el Impuesto al Patrimonio, del impuesto de timbre y de la sobretasa al impuesto de renta.

SEGUNDA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial).

Declárese que, como consecuencia de las modificaciones al régimen tributario que afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, en cumplimiento del Contrato de Concesión, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico.

TERCERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada).

Declárese que en los términos del Contrato de Concesión, la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las afectaciones de las previsiones del Concesionario en materia de impuestos por modificaciones al régimen tributario.

CUARTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada).

Declárese que la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, que ocasionaron perjuicios al Concesionario.

QUINTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Declárese que el incumplimiento por parte de la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** de su obligación de realizar actuaciones administrativas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, ocasionó perjuicios al Concesionario.

SEXTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial reformulada). Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios causados al Concesionario por el incumplimiento de su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al régimen tributario que afectaron sus previsiones en materia de impuestos tenidas en cuenta para la presentación de su oferta respecto de los siguientes plazos según cada caso, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar:

a).- Desde el año 2006 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF–, el Impuesto al Patrimonio, del impuesto de timbre y de la sobretasa al impuesto de renta.

SÉPTIMA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial pero ya no con el carácter subsidiario sino principal). Declárese que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por cambios en el régimen tributario.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- (se mantiene de la demanda inicial). En subsidio de las PRETENSIONES PRINCIPALES y de las subsidiarias anteriores.

Con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con las normas legales que el Tribunal de Arbitramento considere aplicables por virtud del principio *iura novit curia*, en particular lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago, al Concesionario, de la mayor carga tributaria que de manera imprevista tuvo que asumir el Concesionario en vigencia del Contrato de Concesión respecto de los períodos que se prueben para cada tributo, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.

6.4.- PRETENSIONES RELATIVAS AL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ESPECIAL POR RAZÓN DE LAS DETERMINACIONES DE CARÁCTER TÉCNICO SOBREVINIENTES A LA CELEBRACIÓN DE DICHO CONTRATO

PRIMERA PRINCIPAL.- Declárese que en vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

SEGUNDA PRINCIPAL.- Declárese que, como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión introducidas en vigencia del mismo que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico.

TERCERA PRINCIPAL.- Declárese que en los términos del Contrato de Concesión, la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectarían sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de

condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

CUARTA PRINCIPAL.- Declárese que la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

QUINTA PRINCIPAL.- Declárese que el incumplimiento por parte de la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** de su obligación de realizar actuaciones administrativas tendientes a restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, ocasionó perjuicios al Concesionario.

SEXTA PRINCIPAL.- Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de la indemnización plena (daño emergente y lucro cesante) de los perjuicios causados al Concesionario por el incumplimiento de su obligación de restablecer el equilibrio

económico del Contrato de Concesión por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRINCIPAL.- Condénese a la **Nación – Ministerio de Minas y Energía** a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en la cuantía que quede probada en el proceso arbitral, con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

SÉPTIMA PRINCIPAL.- Declárese que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.- En subsidio de las PRETENSIONES PRINCIPALES y de las subsidiarias anteriores.

Con base en las declaraciones anteriores o unas semejantes de acuerdo con las normas legales que el Tribunal de Arbitramento considere aplicables por virtud del principio *iura novit curia*, en particular lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas que resulten aplicables, se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago, al Concesionario, de los mayores costos por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, con todas las actualizaciones y reconocimientos que de ello se deriven.

6.5.- PRETENSIONES GENERALES Y/O COMUNES A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES DE PRETENSIONES

PRIMERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Declárese que, salvo por los aspectos relativos a los desequilibrios económicos de carácter tributario y técnico a los que se refieren las pretensiones declaratorias y de condena precedentes, no existen obligaciones pendientes de cumplir a cargo de **EFIGAS S.A. E.S.P.**, o de **La Nación – Ministerio**

de Minas y Energía por concepto del Contrato de Concesión Especial.

SEGUNDA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Como consecuencia de la PRETENSIÓN anterior, se declare liquidado el Contrato de Concesión, previo cumplimiento por parte de **La Nación – Ministerio de Minas y Energía**, de las condenas que se le impongan con base en las pretensiones precedentes.

TERCERA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Que se ordene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** dar cumplimiento al Laudo arbitral que ponga fin al proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL.- (nueva). Dispóngase que todas las sumas que deba pagar **La Nación – Ministerio de Minas y Energía**, a favor de **EFIGAS S.A. E.S.P.**, deberán ser actualizadas y, además, devengarán intereses a la máxima tasa permitida por la ley, desde la fecha de ejecutoria del Laudo hasta la fecha efectiva del pago.

CUARTA PRINCIPAL.- (se mantiene de la demanda inicial). Que se condene a **La Nación – Ministerio de Minas y Energía** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

QUINTA PRINCIPAL.- (nueva). Todas las órdenes o condenas de pago que se profieran deben liquidarse con la actualización de las correspondientes sumas de dinero y los intereses comerciales,

a la tasa más alta permitida por la ley, desde el momento en que debió realizarse el pago correspondiente y la fecha en que se libre la decisión de pago.

C. La contestación de la reforma de la demanda de Efigás

El 10 de octubre de 2017, la convocada presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda en el que se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

- 1.** Validez y legalidad del acto administrativo de liquidación – Resolución No. 40620 y del acto de confirmación Resolución no. 40957.
- 2.** Imposibilidad de aplicación de cláusulas 46, 47 y 49 del contrato de concesión e incumplimiento de sus presupuestos por el Concesionario. Inaplicabilidad de laudo arbitral de 10 de febrero de 2012 en la forma en que lo pretende la convocante.
- 3.** El Concesionario con la presentación extemporánea de sus reclamaciones puso en imposibilidad al Ministerio de que restableciera el equilibrio económico del contrato vía modificación de la tarifa, sin afectar su propio patrimonio.
- 4.** Ausencia de incumplimiento contractual por parte del Ministerio de Minas y Energía como causa de desequilibrio económico.

- 5.** Inexistencia de desequilibrio por los alegados aspectos técnicos de calidad pues los mismos eran previsibles y en todo caso no se reclamaron en vigencia del contrato.
- 6.** El reconocimiento de sumas a favor de Efigás por concepto de cambios tributarios y cambios técnicos implicaría un enriquecimiento sin justa causa.
- 7.** Cosa juzgada frente a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio por cambios en el régimen tributario.
- 8.** Preclusión de oportunidad para reclamar perjuicios por cambios en el régimen tributario.
- 9.** Cosa juzgada frente a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio por cambios en la normativa técnica.
- 10.** Preclusión de oportunidad para reclamar perjuicios por cambios en la normativa técnica.
- 11.** Incumplimiento del Concesionario. ¡Nadie puede alegar su propia culpa a su favor!
- 12.** Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes.
- 13.** Inexistencia de obligación del Ministerio de Minas de restablecer el equilibrio económico de manera automática. – Mala fe del Concesionario.

- 14.** Compensación entre beneficios tributarios percibidos por el Concesionario y los efectos negativos de las modificaciones legales tributarias y técnicas.

D. Los hechos invocados en las demandas de reconvención reformadas

El 26 de septiembre de 2017, la convocada presentó escritos de reforma de las demandas de reconvención. Los hechos que invoca en dicha reforma se encuentran relacionados en el Capítulo II de dicho escrito bajo los numerales 1 a 35 y a ellos se remite el Tribunal. En desarrollo de las consideraciones de esta providencia se hará referencia a aquellos que sean pertinentes y relevantes para las decisiones que habrán de adoptarse, por lo cual no se estima necesario transcribirlos en este acápite del laudo.

E. Las pretensiones de las demandas de reconvención reformadas

Las pretensiones de las demandas de reconvención reformadas son las siguientes, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones de esta providencia:

Pretensiones relativas al Área de Caldas

“PRIMERA- Que se declare que **EFIGAS** al no haber presentado para la aprobación del **MINISTERIO**, en vigencia del contrato, el estudio que demostrara el impacto real sobre el cargo de la red por cambios producidos en la legislación tributaria que afectarían sus previsiones, de conformidad con lo señalado en la cláusula 49, para los años 2008,

2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y junio de 2014 no tiene derecho a ningún restablecimiento económico.

SEGUNDA – Que se declare que **EFIGAS** puso al **MINISTERIO** en imposibilidad de restablecer cualquier posible desequilibrio económico del Contrato por medio del aumento de la tarifa por modificación del cargo promedio máximo unitario de la red, al no haber sometido a su consideración, en vigencia del Contrato, el estudio en el cual se demostrara el impacto real sobre el cargo de la red producto de los cambios en la legislación tributaria que afectaran sus previsiones.

TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se declare que el **MINISTERIO** no está obligado a restablecer ningún equilibrio económico por cambios en la legislación tributaria.

SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL (sic). Que en todo caso se declare que a **EFIGAS** le precluyó y/o feneció su derecho a pretender el restablecimiento económico por cambios en la legislación tributaria por no haber solicitado el factor de ajuste por el cambio en el régimen tributario, durante la vigencia del contrato, como lo señala la cláusula 49 del citado Contrato, para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y junio de 2014.

CUARTA. En el evento que no prosperen las presentaciones (sic) primera, segunda y tercera anteriores y que el **MINISTERIO** sea condenado a pagar cualquier suma de dinero a **EFIGAS**, se compensen dichos valores con los beneficios tributarios obtenidos por la demandada en reconvención por valor de TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$3.460.239.753), a noviembre de

2014 tal como consta en la Resolución número 40617 de 23 de junio de 2016, confirmada por la resolución número 40958 de 6 de octubre de 2016.

Que la anterior cifra se actualice a la fecha que se realice la compensación.

SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL (sic): Que se declare que, por cambios en el régimen tributario durante la ejecución del Contrato de Concesión del Área Exclusiva de Risaralda, para el periodo 2008 a junio de 2014 **EFIGAS** obtuvo beneficios económicos por disminución en las cargas tributarias por la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$3.460.239.753), o cualquier otra suma que resulte demostrada en el proceso, la cual deberá actualizarse al momento del proferimiento del respectivo laudo arbitral.

QUINTA. - Que se condene en agencias en derecho y costas a la Demandada en reconvención”.

Pretensiones relativas al Área de Quindío

“PRIMERA-. Que se declare que **EFIGAS** al no haber presentado para la aprobación del **MINISTERIO**, en vigencia del contrato, el estudio que demostrara el impacto real sobre el cargo de la red por cambios producidos en la legislación tributaria que afectaran sus previsiones, de conformidad con lo señalado en la cláusula 49, para los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y junio de 2014 no tiene derecho a ningún restablecimiento económico.

SEGUNDA – Que se declare que **EFIGAS** puso al **MINISTERIO** en imposibilidad de restablecer cualquier posible desequilibrio económico del Contrato por medio del aumento de la tarifa por modificación del cargo promedio máximo unitario de la red, al no haber sometido a su consideración, en vigencia del Contrato, el estudio en el cual se demostrara el impacto real sobre el cargo de la red producto de los cambios en la legislación tributaria que afectaran sus previsiones.

TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se declare que el **MINISTERIO** no está obligado a restablecer ningún equilibrio económico por cambios en la legislación tributaria.

SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL (sic). Que en todo caso se declare que a **EFIGAS** le precluyó y/o feneció su derecho a pretender el restablecimiento económico por cambios en la legislación tributaria por no haber solicitado el factor de ajuste por el cambio en el régimen tributario, durante la vigencia del contrato, como lo señala la cláusula 49 del citado Contrato, para los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y junio de 2014.

CUARTA. En el evento que no prosperen las presentaciones (sic) primera, segunda y tercera anteriores y que el **MINISTERIO** sea condenado a pagar cualquier suma de dinero a **EFIGAS**, se compensen dichos valores con los beneficios tributarios obtenidos por la demandada en reconvención por valor de TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$3.741.506.524), a junio de 2014 tal como consta en la

Resolución número 40619 de 23 de junio de 2016, confirmada por la resolución número 40959 de 6 de octubre de 2016.

Que la anterior cifra se actualice a la fecha que se realice la compensación.

SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL (sic): Que se declare que, por cambios en el régimen tributario durante la ejecución del Contrato de Concesión del Área Exclusiva de Quindío, para el periodo 1998 a junio de 2014 **EFIGAS** obtuvo beneficios económicos por disminución en las cargas tributarias por la suma de TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$3.741.506.524), o cualquier otra suma que resulte demostrada en el proceso, la cual deberá actualizarse al momento del proferimiento del respectivo laudo arbitral.

QUINTA. - Que se condene en agencias en derecho y costas a la Demandada en reconvención”.

Pretensiones relativas al Área de Risaralda

“PRIMERA- Que se declare que **EFIGAS** al no haber presentado para la aprobación del **MINISTERIO**, en vigencia del contrato, el estudio que demostrara el impacto real sobre el cargo de la red por cambios producidos en la legislación tributaria que afectaran sus previsiones, de conformidad con lo señalado en la cláusula 49, para los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y junio de 2014 no tiene derecho a ningún restablecimiento económico.

SEGUNDA – Que se declare que **EFIGAS** puso al **MINISTERIO** en imposibilidad de restablecer cualquier posible desequilibrio económico del Contrato por medio del aumento de la tarifa por modificación del cargo promedio máximo unitario de la red, al no haber sometido a su consideración, en vigencia del Contrato, el estudio en el cual se demostrara el impacto real sobre el cargo de la red producto de los cambios en la legislación tributaria que afectarían sus previsiones.

TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se declare que el **MINISTERIO** no está obligado a restablecer ningún equilibrio económico por cambios en la legislación tributaria.

SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRINCIPAL (sic). Que en todo caso se declare que a **EFIGAS** le precluyó y/o feneció su derecho a pretender el restablecimiento económico por cambios en la legislación tributaria por no haber solicitado el factor de ajuste por el cambio en el régimen tributario, durante la vigencia del contrato, como lo señala la cláusula 49 del citado Contrato, para los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y junio de 2014.

CUARTA. En el evento que no prospere las presentaciones (sic) primera, segunda y tercera anteriores y que el **MINISTERIO** sea condenado a pagar cualquier suma de dinero a **EFIGAS**, se compensen dichos valores con los beneficios tributarios obtenidos por la demandada en reconvencción por valor de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$4.240.918.631), a precios de noviembre de 2014 tal como consta en la resolución número 40620 de 23 de junio de 2016, confirmada por la resolución número 40957 de 6 de octubre de 2016.

Que la anterior cifra se actualice a la fecha que se realice la compensación.

SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRINCIPAL (sic): Que se declare que, por cambios en el régimen tributario durante la ejecución del Contrato de Concesión del Área Exclusiva de Risaralda, para el periodo 2006 a junio de 2014 **EFIGAS** obtuvo beneficios económicos por disminución en las cargas tributarias por la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$4.240.918.631), o cualquier otra suma que resulte demostrada en el proceso, la cual deberá actualizarse al momento del proferimiento del respectivo laudo arbitral.

QUINTA. - Que se condene en agencias en derecho y costas a la Demandada en reconvención”.

E. Las contestaciones de la reformas de las demandas de reconvención

El 9 de octubre de 2017, la Convocante presentó escritos de contestación a las reformas de las demandas de reconvención. En dichos escritos, la Convocante se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones, pidió pruebas y propuso las siguientes excepciones y defensas:

- 1.** Excepción de caducidad de la acción o del medio de control judicial relativo a controversias contractuales.
- 2.** Excepción de incoherencia insalvable.

- 3.** Excepción subsidiaria de inepta demanda.
- 4.** Improcedencia de la acción relativa a controversias contractuales.
- 5.** Falta de legitimación en la causa por activa.
- 6.** Improcedencia de deducir de los detrimentos sufridos por la convocante los valores correspondientes al cálculo de la incidencia de impuestos derogados o de deducciones tributarias creadas por el legislador con carácter general.
- 7.** Improcedencia de la compensación.
- 8.** Improcedencia de invocar el restablecimiento del equilibrio contractual a favor del Ministerio de Minas y Energía.
- 9.** La obligación de proceder al restablecimiento del equilibrio tiene fundamentos constitucionales y legales diferentes a la aplicación de la Cláusula 49 del Contrato.
- 10.** Indebida interpretación de la Cláusula 49 del Contrato por parte de Ministerio de Minas y Energía.
- 11.** Abuso en la aplicación de la Cláusula 49 del Contrato.
- 12.** Interpretación en contra del predisponente de la Cláusula 49 del Contrato y su consecuente inaplicación.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. Pruebas

Mediante providencia de 29 de enero de 2018, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

- 1.** El 6 de febrero de 2018 tomó posesión el perito Íntegra Auditores Consultores S.A.
- 2.** El 7 de marzo de 2018 se recibieron los testimonios de José Fernando Aristizábal Muñoz, Andrés Villegas Gómez y Claudia María López Cano.
- 3.** El 8 de marzo de 2018 se practicaron los testimonios de Camilo Enrique Álvarez Hernández y de Henry Cuevas Valbuena.
- 4.** El 23 de abril de 2018 se practicó el testimonio de Carlos David Beltrán Quintero y se llevó a cabo la exhibición de documentos a cargo de Itansuca, hoy Lavalin Colombia S.A.S.
- 5.** El 24 de abril de 2018 se llevó a cabo el interrogatorio de parte del representante legal de Efigás y se practicó el testimonio de José Alejandro Vargas Franco. En la misma fecha se dio traslado a las partes del peritaje contable y financiero.
- 6.** El 10 de julio de 2018 se ordenó al perito contable y financiero absolver la totalidad de solicitudes de aclaración y complementación al peritaje, presentadas por ambas partes.

7. El 3 de septiembre de 2018 se dio traslado de las respuestas a las solicitudes de aclaración y complementación al peritaje.
8. El 24 de octubre de 2018 se llevaron a cabo los interrogatorios de los expertos William Roy Villanueva Meléndez y Javier Fernando Gómez Estrada.
9. El 9 de noviembre de 2018 se practicó el interrogatorio del perito Miguel Ángel Zafra Fontal y rindió testimonio Alfonso de Jesús Consuegra Guzmán.
10. El 30 de enero de 2019 se practicó el interrogatorio del representante del perito Íntegra Auditores Consultores S.A., decretado de oficio por el Tribunal. En la misma fecha se aceptó el desistimiento del testimonio de Francisco Toro Zea.
11. Se recibieron las respuestas a los oficios librados por el Tribunal, documentos que se incorporaron al expediente y se pusieron a disposición de las partes.
12. El 20 de febrero de 2019, teniendo en cuenta que todas las pruebas decretadas en el trámite arbitral se encontraban practicadas y que ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluida la instrucción del proceso y se citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia de alegaciones finales.

B. Alegaciones finales

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 30 de abril de

2019 se llevó a cabo la audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos. En la misma fecha, la señora agente del Ministerio Público entregó su concepto.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén de que la demanda original reformada y la de reconvenición reformada cumplen con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, como quiera que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Régimen aplicable a los contratos para la prestación del servicio público de distribución de gas domiciliario en áreas exclusivas

Es claro para el Tribunal y así se entenderá a lo largo del proceso, que la norma aplicable para el caso en estudio es el derecho privado y, por tanto, las consagraciones pertinentes de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y las demás que la modifican, complementan o adicionen, así como las regulaciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en lo sucesivo, la CREG o la Comisión, que resulten adecuadas, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 4 del Contrato¹ y los artículos 73² y 74³ de la ley arriba citada. En este orden de ideas, de igual manera, el Contrato de Concesión se rige por las normas de derecho privado en todo aquello que no sea contrario con lo establecido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y sus modificatorios, de

¹ **“CLÁUSULA 4: OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO.** EL CONCESIONARIO se obliga a cumplir con las obligaciones generales que a la fecha de la presentación de la oferta han sido impuestas por la ley y las disposiciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, las obligaciones especiales vigentes a la fecha para los distribuidores en las áreas de servicio exclusivo y con las obligaciones pactadas en este contrato y las que corresponden a la esencia y naturaleza del contrato. En todo caso, el CONCESIONARIO estará sometido a las disposiciones generales y especiales que le sean obligatorias por razón de su actividad y para la prestación del servicio, sin perjuicio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando fuera del caso, de conformidad con las cláusulas del capítulo V de este contrato”.

² Ley 142 de 1994. **“Artículo 73. Funciones y facultades generales.** Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales (...)”

³ Ley 142 de 1994. **“Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación.** Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: 74.1. a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado (...)”

conformidad con lo establecido en el artículo 31 del mencionado cuerpo normativo, al tenor del cual: *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa**”* (Negrilla del Tribunal).

En igual sentido, el párrafo del artículo 39 de la ley antes referida dispone lo siguiente en cuanto al régimen aplicable a los contratos de concesión especial: *“Salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 <sic> y el numeral 39.1 de la presente ley [contratos para el uso de recursos naturales o del medioambiente], todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado”*.

No obstante lo anterior, debe precisarse que el artículo 31 previamente citado consagra en favor de las comisiones de regulación la potestad de hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, las cuales, excepcionalmente, se rigen por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. En lo que atañe los contratos de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas, el Decreto 1359 de 1996, por medio del cual se reglamenta el trámite para la contratación de áreas de servicio exclusivo para la prestación de ese servicio, establece que dichos acuerdos de voluntades deben incluir cláusulas de caducidad y de terminación unilateral⁴, al tiempo que dispone que las mismas se rigen por las normas de la Ley 80 de 1993.

⁴ Decreto 1359 de 1996, **Artículo 16. Cláusulas del contrato.** “(...) No se incluirán en estos contratos las cláusulas excepcionales de modificación e interpretación unilaterales, pero deberán incluirse las cláusulas de determinación unilateral y cláusula de caducidad que en su aplicación se regirán por las normas de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de pactar causales de terminación anticipada por las partes”.

En el caso *sub exámine*, las potestades que tiene el Ministerio de decretar la caducidad y de terminar en forma unilateral los Contratos fueron incluidas en las cláusulas 54 y 55 de los acuerdos de voluntades en cuestión. Sin embargo, la controversia que se puso en conocimiento del presente tribunal arbitral no tiene relación alguna con la interpretación o aplicación de las cláusulas excepcionales incorporadas en los Contratos, por lo que la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias, adicionales o complementarias no resultan pertinentes a esta disputa y la misma se rige por el derecho privado. Sin perjuicio de lo explicado en relación con el régimen aplicable a la presente controversia, no existe duda de que los Contratos, en la medida en que una de las partes es una entidad pública, son contratos estatales, con las consecuencias que ello acarrea.

Con respecto al marco constitucional en el que se desarrolla la prestación de los servicios públicos domiciliarios, resulta pertinente poner de presente que la Carta Política de 1991 plantea un importante cambio frente al pacto social de 1886 y su reforma de 1968, en tanto y en cuanto se ha consolidado como un Estado competitivo frente a uno de corte fundamentalmente monopólico, avanzando de manera importante en asuntos tales como la libre competencia, la desmonopolización e incluso la desregulación en algunos campos.

Así, los servicios públicos son considerados como fundamentales al propósito social del Estado y es en este campo en el que se marca la diferencia entre un Estado prestador directo de los mismos, de manera exclusiva y excluyente, con otro en el que prima la libre competencia con los particulares y otros agentes del mercado en condiciones igualitarias de garantías, oportunidades, normas aplicables e incentivos, con el propósito de democratizar la economía y prestar eficientemente los mismos. En este sendero encontramos claros preceptos superiores

encaminados a ese derrotero como son principalmente los artículos 209, 333 y 365 del citado cuerpo normativo.

En efecto, el artículo 333 Superior⁵ señala que la libre competencia es un derecho de todos, marcando la pauta para una libertad económica e iniciativa privada de conformidad con su tenor, libertad que de igual manera supone concretas responsabilidades, no obstante lo cual el Estado conserva una definitiva intervención y vigilancia de dichas actividades, en razón a la prevalencia del interés público y el bien común, todo ello en procura de garantizar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución, cuyo tenor literal dispone lo siguiente: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”*. Así las cosas, la libre competencia está acompasada con la intervención del Estado con el objetivo de conseguir sus fines esenciales.

A su turno, el artículo 365 de la Carta⁶, en referencia a los servicios públicos y entre ellos el de distribución de gas domiciliario, establece que éstos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por los particulares, o por las comunidades organizadas, lo que implica que la titularidad en su desarrollo ya no está de manera monopólica en

⁵ Constitución Política. **“Artículo 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (...)”

⁶ Constitución Política. **“Artículo 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

cabeza del Estado, sino de los particulares en libre empresa, sin que ello implique, en momento alguno, que se pierda el carácter público domiciliario de que se trate sino simplemente que la actividad prestadora del mismo ya no es de resorte exclusivo del Estado como fue especialmente a partir de la reforma constitucional de 1968. Cuando la norma establece que esta prestación pueda hacerse de manera directa, como ya se anotó, hace relación precisamente a la posibilidad de desplegar esta labor a través de los contratos de concesión, desarrollados por particulares, pero conservando la titularidad del servicio.

De otra parte, con el fin de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, también se tiene el caso de la existencia de áreas o localidades donde el sector privado no tiene interés, por múltiples razones, en desarrollar, en libertad de competencia, una determinada labor, evento en el cual se hace necesaria la entrega de un área de servicio exclusivo con el objeto de procurar la prestación del servicio público domiciliario de que se trate, a poblaciones de menores ingresos, sin que exista en este caso el concepto de libertad de competencia.

En este orden de ideas, es pertinente la suscripción de contratos de concesión para la prestación del servicio de gas domiciliario dentro de un área de servicio exclusivo, como es precisamente el caso de los acuerdos de voluntades que ocupan la atención del Tribunal en este laudo y que están contenidos expresamente en los artículos 40 y 174 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, que para una mayor comprensión se transcriben a continuación:

“ARTÍCULO 40. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. *Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los*

servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

PARÁGRAFO 1o. *La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.*

A su vez, el artículo 174, atinente al asunto que nos ocupa, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 174. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO PARA GAS DOMICILIARIO. *Por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización racional del recurso gas natural, permita la expansión y cobertura del servicio a las personas de menores*

recursos, por un término de veinte (20) años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, el MINISTERIO de Minas y Energía podrá otorgar las áreas de servicio exclusivo para la distribución domiciliaria del gas combustible por red, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 40 de esta Ley.

PARÁGRAFO 1o. *Es obligación del MINISTERIO de Minas y Energía, al estudiar y otorgar los contratos de que trata el presente artículo, contemplar que en dichas áreas se incluyan programas de masificación y extensión del servicio público de gas combustible en aquellos sectores cuyos inmuebles residenciales pertenezcan a la categoría I, II ó III de la estratificación socioeconómica vigente al momento de hacerse la instalación. En los contratos existentes al momento de entrar en vigencia la presente Ley, el MINISTERIO de Minas y Energía propenderá porque las empresas contratistas alcancen los niveles de masificación deseables en cumplimiento del presente artículo.*

PARÁGRAFO 2o. *Para la consecución de los objetivos establecidos en el presente artículo, se aplicarán los criterios establecidos en los artículos 97 y 99 de la presente Ley.*

De las normas mencionadas y su basamento constitucional, es posible predicar la factibilidad de que el Estado cree áreas de servicio exclusivo domiciliario de distribución de gas, caso en el cual es él quien define las particularidades del objeto contractual, las reglas de participación de los particulares, la forma de desenvolver el objeto contratado y, en general, los términos en que el particular habrá de cumplir las prestaciones a su cargo propias de la concesión que le ha sido otorgada, suscribiéndose como resultado de ese ejercicio, un típico contrato estatal que permite al particular adjudicatario y contratista prestar el servicio en los

términos del proceso selectivo, del acuerdo de voluntades y de su propuesta, definiéndose en éste sus responsabilidades y obligaciones a cumplir, así como los derechos y deberes de las partes contratantes y las reglas que regirán las relaciones mutuas obligatorias en virtud del principio de *pacta sunt servanda*.

2. Distribución y asignación de riesgos en los Contratos

En primera línea de atención dentro de la estructuración de un negocio de la índole que aquí se estudia, surge un tema de capital importancia cual es el de la asignación y distribución de riesgos en el Contrato, aspecto éste de primerísima línea en la medida en que riesgo asignado es riesgo cobrado y, por tanto, elemento fundamental a estudiar, como en el caso bajo examen, frente a la existencia de pretensiones mutuas de desequilibrio económico. La ocurrencia del riesgo impacta indefectiblemente el precio, en la medida en que quien se apropia del riesgo se apropia del costo.

Especial importancia cobra el tema en cuestión en los contratos de ejecución sucesiva y de largo aliento que se encuentran sometidos a múltiples vicisitudes y eventos que ocurren durante su desarrollo. La identificación y asignación de riesgos como la consagración de hechos futuros e inciertos es, aunque el contrato siempre es un documento imperfecto, medible, cuantificable, asignable y previsible que al sobrevenir dificultan o alteran el normal ritmo de las obligaciones sin que ello provenga de conductas culposas de las partes o de su incumplimiento.

Sea oportuno precisar en este punto del laudo que el incumplimiento de una obligación no puede entenderse como la configuración o materialización de un riesgo. En efecto, el incumplimiento produce el deber de indemnizar perjuicios de conformidad con lo señalado en los artículos 1613 al 1617 del Código Civil⁷. En este orden de ideas, incluir incumplimiento como parte del riesgo asignable es ampliar artificialmente su alcance generando serias confusiones y llegando incluso al absurdo de considerar que incumplimiento fuese un riesgo que estaría amparando la voluntad de incumplir. Tampoco son riesgos en estricto sentido y dentro del análisis que aquí se hace, aquellos hechos identificados bajo los amparos de calidad y cumplimiento.

Como se señaló, la administración pública, en este caso el Ministerio, al estructurar el negocio base de la invitación a proponer, dio a conocer a los interesados y con ello al futuro contratista, las condiciones dentro de las cuales se llevaría a efecto el negocio jurídico producto del proceso de selección, así como la distribución de riesgos entre las partes, lo que permite clarificar, desde el inicio, quién asume el costo del riesgo asignado el cual queda cubierto por el valor del acuerdo de voluntades y, en principio, evita o minimiza el apareamiento de desequilibrios y reclamaciones por este concepto, en vías a lograr un pacífico desenvolvimiento del acuerdo y la prevención de tensiones innecesarias entre las partes.

El tema de los riesgos está estrechamente ligado con la ecuación financiera del contrato y, por ello, cuando las partes en atención de la autonomía de sus voluntades y dentro de los límites de las buenas costumbres, el objeto y causa lícitas y los principios de la buena fe, el

⁷ Código Civil. **Artículo 1613.** Indemnización de perjuicios (...); **Artículo 1614.** Daño emergente y lucro cesante (...); **Artículo 1615.** Causación de perjuicios (...); **Artículo 1616.** Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios (...) **Artículo 1617.** Indemnización por mora en obligaciones de dinero (...)"

enriquecimiento sin causa y la prohibición del abuso del derecho se obligan dentro de las fronteras del pacto y determinan las condiciones existentes al momento de su celebración marcando las especificidades del ofrecimiento y el contenido de las obligaciones, están perfilando y delimitando el negocio jurídico a la razonabilidad de su contenido y a su simetría prestacional.

A su vez, el principio de *pacta sunt servanda* que protege la seguridad jurídica de las partes no puede aplicarse de manera absoluta sino que se ve matizado con la aparición de principio *rebus sic stantibus*, según el cual los contratos también deben adaptarse a las circunstancias en las que se ejecutan e incluso a la modificación de las condiciones existentes al momento de su firma cuando las circunstancias, a futuro y en su desarrollo, alteren en forma contundente las condiciones del negocio jurídico pactado.

3. Fórmulas y baremos contractuales

Teniendo en cuenta que parte del debate formulado por las partes hace referencia a la aplicación de las fórmulas de ajuste pactadas en los diferentes contratos, resulta pertinente analizar en forma general el tratamiento que en materia jurisprudencial y doctrinal se ha realizado en relación con esta temática.

Cuando se habla de baremos contractuales, se hace referencia a fórmulas que establecen topes indemnizatorios a cargo de las partes. No se trataría en el presente caso de “renuncias” a indemnizaciones, situación prohibida por normas de orden público en el caso colombiano.

Reflexiones en torno al tema, se encuentran desde antiguo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"... La eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos, ha sido cuidadosamente estudiada por los autores, sea desde el punto de vista de la culpa, sea desde el de la carga de los riesgos, y ellas han dado lugar a la tesis llamada de la inversión de la carga de la prueba. No obstante la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad es todavía objeto de vivas discusiones. Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contraria al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehúye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor..."⁸

Por el contrario hacen referencia al ejercicio hecho por las partes con anterioridad a la suscripción del contrato, donde se prevean límites en la responsabilidad por los cocontratantes.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de diciembre de 1936.

Sea lo primero aclarar su procedencia en el campo de los contratos estatales. La experiencia internacional demuestra que la mayoría de legislaciones en cuanto al desarrollo de los contratos y su ejecución, remiten a las normas civiles y/o comerciales, salvo en lo expresamente regulado por normas especiales. Hay países donde la diferencia entre el contrato administrativo y el privado no existe, como el caso norteamericano, siendo allí mucho más fácil la aplicación de los baremos contractuales, tal como se utilizan en el derecho privado.

En desarrollo de lo anterior, podría analizarse el baremo desde su connotación cuantitativa y cualitativa. En ese orden de ideas, la citada limitación puede conllevar un tope dinerario en la responsabilidad generada en virtud del contrato, o en el tiempo. Esta última, en el tiempo, puede partir del ejemplo clásico analizado por la doctrina francesa, relativa a la reducción de la garantía decenal de un constructor, mediante pacto contractual.

Al respecto señala MUÑIZ ARGUELLES:

"... BLUMANN, EMERI y DE LAUBADERE, quienes tratan el tema en el derecho administrativo, afirman categóricamente que las cláusulas limitativas de exoneración, de prescripción acortada e inclusive de limitación de la responsabilidad decenal, son válidas en la jurisdicción administrativa. Incluso cuando BLUMANN considera el asunto como renuncia a los derechos, aun a favor de la administración, y que EMERI y DE LAUBADERE la ven como una aplicación analógica de las

normas del derecho privado, el principio de validez de las cláusulas no se pone en entredicho...”⁹

En el mismo sentido ha expresado el Consejo de Estado:

“...la Sala, con apoyo en lo afirmado en anteriores providencias, precisa que, por tratarse del incumplimiento consistente en la inestabilidad de la obra, que se presenta con posterioridad al recibo de ésta y, en muchas ocasiones, cuando ya el contrato está terminado y/o liquidado, resulta procedente declararlo aún cuando el contrato haya terminado. En efecto, la estabilidad de la obra contratada es un derecho de la entidad que conlleva la obligación correlativa del contratista a realizar una obra ajustada a los parámetros técnicos que determinen su permanencia en el tiempo o plazo dispuesto en contrato o en la ley.... En consideración a que en la liquidación final del contrato se define quién le debe a quién y cuanto, es bien posible que pese a la liquidación, subsistan obligaciones contractuales a cargo de las partes. Que pueden ser valores adeudados o, sobre todo, la obligación de garantizar la calidad y eficiencia de lo entregado o construido. No es entonces dable afirmar que, por la liquidación del contrato, todas las obligaciones derivadas del contrato quedaron extinguidas, pues se reiteró, algunas de las prestaciones contractuales subsisten en la etapa postcontractual. Se precisa así que la vida del contrato estatal, que generalmente no está sometido a

⁹ MUÑIZ ARGUELLES, Luis. Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses. Editorial Temis, 2006. Bogotá, Colombia. Pág. 31.

condición resolutive sino a plazo, no pende de la vigencia de las obligaciones que emanan de él. Éstas, se extinguen conforme lo prevé el Código Civil. Se advierte además que mientras subsista la obligación de garantizar la calidad de los bienes y servicios, o la estabilidad de la obra contratado, está vigente la facultad correlativa del Estado de hacerla efectiva. En el entendido de que si la obra presenta vicios o desestabilidad, se configura el incumplimiento del contratista, que será declarado por la entidad como constitutivo del riesgo asegurado. De acuerdo con la legislación contractual, el contratista debe salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones por el tiempo que determine el contrato o en su defecto la ley. De tal manera que, si se presentan vicios inherentes a la construcción de la obra, surge una responsabilidad postcontractual que estará cubierta con las garantías correspondientes...”¹⁰

3.1. Naturaleza jurídica

Las fórmulas y baremos contractuales han sido ampliamente tratados por la doctrina, bajo la figura de las denominadas “cláusulas de ajuste”. En efecto, consisten en mecanismos previstos contractualmente que tendrán una doble finalidad: bien sea precaver cualquier reclamación de desequilibrio económico, a través de fórmulas ya pactadas y automáticas en el momento que se de alguno de sus presupuestos, o en

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente No. 16248.

el establecimiento de topes en materia indemnizatoria. Si bien es cierto, pueden preverse dichas fórmulas legalmente, lo usual es que sean propias de cada pacto contractual, debido a la dificultad de señalarlas de forma común para todas las tipologías contractuales.

3.2. Supuestos

3.2.1. La revisión o reajuste de precios

Constituye la principal cláusula de ajuste. Encuentra su fuente en el principio de riesgo y ventura derivado de la crisis de Hacienda en el siglo XIX. Aunque hoy se liga a la variación en el precio de los insumos de los contratos, derivados de cambios inflacionarios, la realidad demuestra que la misma, tuvo una finalidad primigenia más amplia, ligada a los mayores costos durante la ejecución contractual por motivos aún más genéricos.

En efecto, en países como Colombia, sus antecedentes históricos demuestran que la revisión de precios se unió en su momento a la evolución del contrato de obra pública. Así encontramos normas tales como las leyes 4 de 1964, 36 de 1966 y el decreto 220 de 1957 que relacionaron la procedencia de la revisión de precios, a partir de fenómenos no inflacionarios como por ejemplo los mayores costos en que incurrían los contratistas derivados del reconocimiento de parte del Gobierno del subsidio de transporte.

Esta figura busca ante todo proteger el precio del contrato. En tal sentido comenta RODRÍGUEZ:

"... En ese orden de ideas, uno de los mecanismos que han sido ideados para garantizar la aplicación del principio del equilibrio económico se encuentra precisamente en la inclusión en el contrato de una estipulación en virtud de la cual, la ocurrencia de cambios en las circunstancias en que se debe ejecutar el contrato implica una variación positiva o negativa en el precio o remuneración a favor o en contra del cocontratante de la administración, de tal manera que dicho precio se encuentre conforme a las condiciones económicas en las cuales son efectivamente ejecutadas las prestaciones a cargo de las partes.

A su vez, el ordenamiento jurídico – a través de la ley, de la reglamentación, de los pliegos de cláusulas generales o de los pliegos de cláusulas especiales – puede consagrar una figura en virtud de la cual se produzca la aplicación de idénticas consecuencias sobre el precio por hechos o circunstancias similares a las mencionadas, de forma independiente a la existencia de la cláusula contractual. Es decir que la misma figura puede darse, no por voluntad de las partes sino por mandato legal. Sin embargo, para los efectos prácticos, la figura suele ser utilizada en forma de cláusula, ya que, de esta manera, ésta permite ser aplicada de forma más precisa a las características de cada contrato en particular..."¹¹

Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

¹¹ RODRÍGUEZ, Libardo. Mecanismos contractuales para la garantía del equilibrio económico. En revista de Derecho Administrativo. AbeledoPerrot. Buenos Aires, Argentina. Año 21. 2009. Pág. 245.

“... la Fórmula de reajustes de precios en el contrato estatal se erige como un importante instrumento con el que cuentan las partes en aras de mantener la vigencia del precio pactado sin que el paso del tiempo y los factores económicos puedan incidir en el mismo. Y, si bien, esta herramienta convencional puede no tener relevancia en el negocio jurídico privado, o cierto es que en la órbita de los contratos de la administración pública la adquiere en demasía ya que el hecho de garantizar la proyección del precio pactado lleva aparejado el cumplimiento de las obligaciones del contratista, sin que se pueda llegar a afectar la ejecución del contrato. Ahora bien, la conmutatividad del contrato estatal, se insiste, no quiere significar exactitud matemática de prestaciones o que se tenga que garantizar al contratista la utilidad esperada en todos los eventos. En consecuencia, es posible que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y del principio de conmutatividad una de las partes soporte una pérdida económica puesto que es propio de todo contrato -inclusive los estatales- un álea normal que debe ser asumido por la parte que lo soporta. No obstante, cuando el álea se torna anormal e inesperado para los sujetos contratantes, es necesario restablecer el equilibrio económico so pena de que se afecte gravemente la ejecución del contrato y, consecuentemente, el interés público ínsito a este tipo de convenciones o acuerdos de voluntades...”¹²

¹² Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de febrero de 2011.

Dentro de sus principales características está la de constituir un mecanismo de ajuste no sólo en el precio del contrato, sino también en sus condiciones técnicas, pero también de constituir un mecanismo de restablecimiento económico del contrato aún por fuera de pacto contractual:

"... La actual normatividad determinó entonces los siguientes parámetros para la revisión o reajuste de precios: i) el sistema está orientado a que se mantengan las condiciones no sólo económicas y financieras sino también técnicas; ii) el parámetro temporal para comparar si se quebrantó o no el equilibrio del contrato es al momento de formular la propuesta en cualquiera de los mecanismos de selección establecidos en la ley 1150 de 2007, excepto en la contratación directa en que se toma como referencia el momento de la celebración del contrato; iii) la fórmula o sistema puede ser o no matemática y, por lo tanto, son las partes las encargadas de pactar o acordar el respectivo mecanismo a través de su incorporación en el clausulado del contrato, y iv) sólo se puede aplicar la fórmula si el contrato se encuentra en ejecución, puesto que el propósito o la finalidad del sistema es evitar que se amenace el desarrollo de la obra o la prestación del servicio. De otro lado, es necesario señalar que tanto en el ordenamiento derogado como en el vigente, la revisión de precios podía ser decretada aún en ausencia de acuerdo expreso de las partes, siempre que se demostrara la afectación del equilibrio económico di contrato, concretamente en este tipo de situaciones, en la alteración del precio inicialmente pactado modificado por circunstancias ajenas a las partes que disminuyeron de manera

significativa su valor intrínseco....En esa perspectiva, la inflación al margen de ser un hecho que puede ser previsible sí puede afectar la economía del contrato estatal y, por lo tanto, en estos supuestos habrá lugar a verificar si la fórmula de ajuste de precios reconoce o tiene en cuenta ese factor económico para la actualización de los valores. En caso contrario, si el sistema adoptado por las partes no tiene en cuenta los índices de precios al consumidor o al productor y se logra acreditar que el proceso inflacionario afectó la ecuación financiera del negocio, será procedente decretar el restablecimiento de la misma..."¹³

Como puede observarse, la finalidad de la revisión de precios será precisamente la de cumplir con la regla básica de mantener el *iustum pretium*, durante la vigencia del contrato, ante la presencia de mayores costos derivados de la variación del precio de los insumos.

Al respecto, señala RODRÍGUEZ:

"... La primera justificación teórica de la figura de la revisión de precios apunta a la constatación de un hecho económico, que es expresión de la realidad del mercado dentro del cual se ejecutan los contratos administrativos. En efecto, es evidente que es un hecho del mercado que los precios de los insumos con base en los cuales se ejecutan los contratos administrativos van cambiando durante el término de ejecución del contrato, de acuerdo con las diversas variables

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de febrero de 2011.

macroeconómicas que pueden afectarlos, y que dichos cambios pueden alterar la equivalencia entre las prestaciones pactadas.

Estos cambios en el costo de los insumos pueden incidir sobre la economía de alguna de las dos partes del contrato, sea porque los precios aumenten excesivamente o porque los precios disminuyan considerablemente. Así, en el caso de que se produce un incremento desmedido de precios, la parte que resultaría afectada sería el cocontratante de la administración, mientras que, contrario sensu, cuando se produce una caída considerable en los precios, quien resultaría afectada sería la administración...”¹⁴

En ese orden de ideas, varía frente a la figura de la indexación o actualización de precios, que consiste precisamente en traer a valor presente el precio de un contrato, independientemente de la variación o no presentada en el costo de los insumos:

“... De igual manera, resulta pertinente diferenciar el reajuste de precios con la indexación o actualización monetaria, puesto que lo que pretende ésta es traer a valor presente a la fecha de pago las sumas que fueron acordadas al momento de celebración del contrato, es decir, en este último escenario se procura que al instante del cumplimiento de la obligación de pago el valor efectivamente cancelado refleje la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Contrario sensu, la fórmula de

¹⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Mecanismos contractuales para la garantía del equilibrio económico. En revista de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pág. 249.

reajuste de precios atiende a que se mantengan las condiciones de los componentes esenciales del precio del negocio jurídico, de tal suerte que las variaciones significativas que operen en los factores determinantes del mismo sean reconocidas a efectos de no desequilibrar la ecuación financiera del contrato...¹⁵

La citada figura, aunque encuentra su fundamento en la teoría de la imprevisión, ha adquirido a lo largo de su historia visos propios. En efecto, cuando se habla de revisión de precios, no se dan las características propias de la mencionada teoría: no se tratan de hechos imprevisibles y que hagan excesivamente oneroso el contrato. Tal como lo señala CASSAGNE, se trata de una figura que trata de mitigar un álea previsible, y que genera una “onerosidad” del contrato:

“... Su fundamento aparece como similar a los demás sistemas y técnicas que tienden a preservar el equilibrio financiero del contrato, esto es, a evitar el grave daño a los intereses públicos que puede provocar la paralización de las obras, decisión está que resultaría casi siempre inútil, por la simple circunstancia de que si la Administración rescindiera el contrato tendría que adjudicar las obras a los nuevos precios, con inclusión de los mayores costos producidos.

Esta técnica, oportunamente, fue acompañada de una nutrida jurisprudencia y tradujo, en nuestro ordenamiento nacional, el grado más alto de protección de los derechos de quienes

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de febrero de 2011.

contratan con la Administración, en la medida en que mantiene incólume la ecuación económica del contrato, compensando las variaciones de costos que ocurren durante su ejecución, sin reparar en que éstos sean o no imprevisibles, de manera autónoma con respecto a la aplicabilidad de dicha teoría.

Esto último, en virtud de la inflación que puede llegar a padecer nuestro país, cuya situación económica condujo, otrora, a que el sistema estructurado se apartase de la teoría de la imprevisión para adquirir perfiles propios, bajo la forma de una garantía de orden público instituida tanto a favor del contratista como de la Administración.

En este sentido, las distinciones más significativas con aquella teoría se han perfilado esencialmente en estos extremos: a) no se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; b) no se requiere que el aumento del precio sea excesivo; c) el resarcimiento es pleno e integral; d) configura una obligación que asume la Administración al celebrar el contrato que queda a él incorporada...”¹⁶

Tenemos entonces, que en este tipo de cláusulas, puede establecerse una revisión del precio del contrato, que podrá ser tanto positiva como negativa. Es decir, la revisión del precio podrá ser tanto a favor del contratista como a favor del Estado contratante.

3.2.2 Otros

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Op. Cit. 110.

Se han dado otros casos en el derecho comparado, en donde se prevén cláusulas como las *hardship*, propias del derecho comercial, pero que han tenido aplicación en el derecho público. Aunque se trata más de una cláusula relativa a la estabilización del contrato a partir de la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo son la amigable composición y el arbitraje, se han configurado en métodos no directos sino tercerizados para el reajuste contractual.

En tal sentido señala RODRÍGUEZ:

"... Se trata, pues, de idear un mecanismo para flexibilizar el contrato y lograr adaptarlo a las cambiantes situaciones en que debe ser ejecutado, sin desconocer tampoco el principio del pacta sunt servanda que aún predomina, en la medida en que dichas adaptaciones son producto siempre del acuerdo de las partes y de la aplicación de una cláusula convenida por ellas mismas.

A este respecto, como ejemplo o modelo de este tipo de cláusula puede señalarse el siguiente, sugerido por la Cámara de Comercio Internacional:

Si durante la ejecución de este contrato sobrevienen circunstancias económicas, políticas o técnicas, que fueron imprevisibles por las partes, más allá de su control, haciendo que el cumplimiento del contrato sea más oneroso (aunque no imposible) para una de ellas y adicionalmente la carga exceda cualquiera de las previsiones anticipadas hechas por las partes

al momento de la firma del contrato, la parte afectada tiene el derecho de pedir una solución equitativa mediante la revisión del contrato. Las partes discutirán el tema y si no llegan a un acuerdo, la parte afectada podrá pedir la conformación de un tribunal de arbitramento de acuerdo con la cláusula compromisoria de este contrato...”¹⁷

Existen por su parte otros mecanismos como las garantías mínimas de ingresos, que se encuentran ligadas a los contratos de concesión. Ejemplo de ellas, son legislaciones como la colombiana¹⁸, que en su momento garantizaron bajo regla legal a los Concesionarios con cargo al presupuesto del país, la tasa interna de retorno. Obedecieron tales regulaciones a las concesiones de primera generación en obra pública, donde la mayor parte de los riesgos se encontraban a cargo del Estado colombiano:

“... En efecto, en los CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN se otorga a un Concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público por cuenta y riesgo del Concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede

¹⁷ RODRÍGUEZ, Libardo. Mecanismos contractuales para la garantía del equilibrio económico. En revista de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pág. 257.

¹⁸ El artículo 33 de la ley 105 de 1993 señala: Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien.

No obstante que el alcance, comprensión y el objeto no difieren de los contratos de segunda y tercera generación, lo cierto es que en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas. Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del Concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de concesiones la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas...”¹⁹

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Auto del 9 de diciembre de 2004.

Por último, tenemos las cláusulas de estabilización, las cuales persiguen mantener el precio del contrato incólume frente a fenómenos inflacionarios. Para ello, las partes pueden pactar que el precio del contrato se pagará en cierta moneda, o en unidades de poder adquisitivo constante. Encontramos, las cláusulas oro o plata, en moneda extranjera, de pago en especie y por último de escala móvil o a índice variable²⁰.

Encuentra el Tribunal que en el caso de los contratos de concesión objeto del debate las partes, en desarrollo de los principios de disposición y autonomía previstos en el derecho privado, entraron a redactar en el capítulo V, una serie de cláusulas de ajuste, que regirían sus relaciones, y establecerían las reglas para equilibrar la ecuación económica y financiera del contrato, en ciertas hipótesis previamente señaladas por los cocontratantes.

4. Asignación y distribución del riesgo tributario en los Contratos

²⁰ Expuestas por RODRÍGUEZ así:

- “... a) Cláusulas oro o plata. En virtud de estas cláusulas, el valor de las obligaciones no se estipula en la moneda de curso legal en el respectivo Estado (dólar, euro, peso, etc) sino que se establece en su equivalente en unidades de un metal precioso, como el oro o la plata, con la idea de que estos metales no pierden su poder adquisitivo tan fácilmente como la moneda en curso...
- a) Cláusulas moneda extranjera. Al igual que en el anterior caso, en virtud de estas cláusulas, el monto de las obligaciones contractuales no se establece en la moneda en curso legal en el respectivo Estado, sino en una moneda extranjera cuya situación económica se considera más estable que la del Estado en la cual se pacta el contrato...
- b) Cláusulas de pago en especie o de valor en especie. Estas cláusulas son bastante similares a las dos anteriores en el sentido de que el valor de la obligación contractual no se pacta en la moneda en curso legal en el respectivo Estado sino que se pacta en su equivalente en una mercancía (por ejemplo, arroz, trigo o cualquier otra clase de mercadería)...
- c) Cláusulas de escala móvil o a índice variable. Finalmente, mediante estas cláusulas, se adopta un sistema en virtud del cual las partes del contrato se comprometen a que el valor pactado de la obligación debe ser ajustado según aumente o disminuya el poder adquisitivo de la moneda de curso legal en el respectivo Estado, lo cual debe ser calculado con base en los índices que se señalen en el respectivo contrato...”. . Mecanismos contractuales para la garantía del equilibrio económico. En revista de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pág. 255

El establecimiento de reglas o parámetros, dada la ya comentada condición de que los Contratos son incompletos, precisamente porque son contingentes, hacen indispensable determinar en el caso *sub exámine* quien asumió cada riesgo de aquellos que están involucrados en las pretensiones con el propósito de definir, si éstos se materializan, a cargo de quién está la obligación de soportarlo. En el caso del riesgo tributario, como se verá a continuación, se encontraba en cabeza del Ministerio, con las consecuencias que ello trae.

Por ser un tema planteado en la reforma a la demanda y en la reforma a la demanda de reconvención, este Tribunal estima oportuno señalar el alcance de las previsiones contractuales respecto del tema de la asignación del riesgo tributario, para lo cual se hace menester transcribir la cláusula 49, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

"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 Dt acompañado de un estudio aprobado por el CONCEDENTE CONCEDENTE [sic] 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:

$$Xe6 = [(IN(t-1) / IA(t-1)) * IT (t-1)]$$

donde:

Xe6: es el factor de ajuste por cambios en la legislación tributaria vigente

IN(t-1): Impuestos que le correspondería pagar al CONCESIONARIO en el año anterior por concepto de las operaciones del área de servicio exclusivo, aplicando la nueva legislación tributaria.

IA(t-1): Impuestos pagados por el CONCESIONARIO correspondientes a la operación del área de servicio exclusivo en el año t-1-

IT(t-1): Impuestos pagados en el año t-1 (IA(t-1)), dividido por gastos totales del CONCESIONARIO en dicho año.

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”.

Así las cosas, en virtud de la autonomía de voluntad, el riesgo por variaciones en la legislación tributaria fue asumido por el Ministerio y no por Efigás, originándose así el derecho de éste último a pedir ante la Comisión la aplicación del factor de ajuste pactado en razón de modificaciones en la legislación tributaria que afecten las previsiones del convocante, acompañado de un estudio aprobado por la convocada o determinado por un amigable componedor o un tribunal de arbitraje.

En este sentido, no le correspondía a Efigás asumir los cambios tributarios negativos, al existir una forma de equilibrar los mayores costos originados en estas modificaciones, a través de un ajuste en la

tarifa o con cargo al presupuesto del Ministerio, si este no considerase oportuno trasladarle este costo al usuario. Visto lo anterior, es posible definir la razón por la cual el procedimiento y la fórmula consagrados en la cláusula 49 que se analiza estaban encaminados a explicitar la intención de las partes de buscar dicho resultado, vale decir equilibrar la ecuación ante la presencia de modificaciones en la legislación tributaria que afectasen las previsiones del Concesionario en materia de impuestos y, en consecuencia, que causasen un impacto real sobre el cargo de la red.

5. Posibilidad el equilibrio contractual en contratos estatales regidos por el derecho privado

Dejando claro en cabeza de quién se encontraba la asunción del riesgo tributario vale la pena hacer algunos apuntes con relación al denominado contractualmente restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mencionado en las cláusulas 4, 13, 34, 35 y 41, comunes a todos los Contratos, que a continuación se transcriben:

"CLÁUSULA 4: OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO. *EL CONCESIONARIO se obliga a cumplir con las obligaciones generales que a la fecha de la presentación de la oferta han sido impuestas por la ley y las disposiciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, las obligaciones especiales vigentes a la fecha para los distribuidores en las áreas de servicio exclusivo y con las obligaciones pactadas en este contrato y las que corresponden a la esencia y naturaleza del contrato.*

En todo caso, el CONCESIONARIO estará sometido a las disposiciones generales y especiales que le sean obligatorias por razón de su actividad y para la prestación del servicio, sin perjuicio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando fuera del caso, de conformidad con las cláusulas del capítulo V de este contrato.

(...)

CLÁUSULA 13: OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCEDENTE. *El CONCEDENTE se obliga a no dar ninguna concesión similar para el área, definida en la cláusula tercera del presente contrato y a emplear sus facultades legales para preservar en favor del CONCESIONARIO los derechos de exclusividad durante la vigencia del contrato.*

El CONCEDENTE se obliga a restablecer el equilibrio económico contractual en los términos de la ley, la Resolución 57 de 1996 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas y este contrato, cuando quiera que se presenten hechos o circunstancias no imputables al CONCESIONARIO, que correspondan a un riesgo a cargo del CONCEDENTE y que rompan el equilibrio económico en contra de éste. Si el restablecimiento del equilibrio económico implica pagos con cargo al Presupuesto General de la Nación, el CONCEDENTE se obliga a tramitar, de conformidad con las normas presupuestales las apropiaciones respectivas.

(...)

CLÁUSULA 34: REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO. *El CONCESIONARIO recibirá como única remuneración por la ejecución del contrato las sumas provenientes de la aplicación de los cargos y tarifas que le autorizan las disposiciones generales que regulan la prestación del servicio y sus actividades complementarias, con las limitaciones pactadas en este contrato. En consecuencia, el CONCEDENTE no pagará al CONCESIONARIO suma alguna como remuneración por la prestación del servicio, sin perjuicio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los términos pactados.*

(...)

CLÁUSULA 35. RÉGIMEN TARIFARIO GENERAL. (...) *Cuando la Comisión de Regulación de Energía y Gas modifique la fórmula tarifaria general de manera que afecte el equilibrio económico del contrato se procederá a su restablecimiento en los términos de las cláusulas 50 y 51 de este contrato, según el caso.*

(...)

CLÁUSULA 41: EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. *Este contrato de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de gas natural por red de tubería con exclusividad dentro del área concedida se ejecutará por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO, incluyendo todas las actividades ordenadas a la distribución y sus actividades complementarias en los términos de este contrato; en consecuencia, las partes*

acuerdan restablecer el equilibrio contractual de conformidad con las estipulaciones de este contrato.

Al presentar la oferta y suscribir el contrato, el CONCESIONARIO declara haber analizado y previsto el contenido y alcance económico de sus obligaciones bajo este contrato, de conformidad con los términos y la declaración contenida en la cláusula 73, numeral 3. En consecuencia, el equilibrio económico existente al momento de ofertar no será objeto de ajuste por causa de actos o hechos que pudieran haber sido previstos por el CONCESIONARIO antes de presentar su oferta o que le sean imputables, estén bajo su control, o contractualmente haya asumido el riesgo.

Las partes adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta del CONCESIONARIO.

Cualquiera de las partes podrá solicitar el restablecimiento del equilibrio económico en los términos de este contrato cuando considere que éste 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. Para el efecto, la parte que solicita el restablecimiento deberá demostrar la alteración del equilibrio en la ecuación contractual.

(...)

En los eventos que se describen en las siguientes cláusulas, las partes acuerdan que cuando se altere el equilibrio económico, éste se restablecerá con base en lo acordado en ellas”.

Visto lo anterior, no cabe duda a este Tribunal que de las cláusulas transcritas puede apreciarse la clara voluntad de los cocontratantes de solicitar a la otra parte el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los propios términos de los negocios que se estudian, cuando se considere que éste se ha alterado por actos o hechos que no le sean imputables al solicitante y para los cuales no haya asumido el riesgo, como es precisamente en el caso en examen. Este desajuste o alteración deberá ser demostrado por quien lo alega.

En el evento en que se presenten circunstancias no imputables al convocante, que correspondan a un riesgo a cargo del Ministerio y que rompa el equilibrio económico, éste último se obliga a restablecer la ecuación, teniendo para ello lo consagrado en la Resolución 57 de 1996, expedida por la CREG y las previsiones del propio Contrato.

De igual manera, las partes acordaron que Efigás recibe como única remuneración las sumas que vienen de la aplicación de los cargos y tarifas que regulan el servicio de distribución de gas domiciliario, sin que se pague suma alguna por el concepto de la prestación de estos servicios, "(...) *sin perjuicio del restablecimiento del equilibrio económico en los términos pactados (...)*"²¹; previsión de gran relevancia y directamente acorde con las previsiones de la cláusula 41 citada.

Como quedó establecido en el aparte anterior, teniendo como sustento la cláusula 49 de los Contratos, el riesgo tributario se encontraba a cargo del Ministerio, con las consecuencias ya establecidas, siendo el factor de ajuste por cambios en el régimen tributario contemplado en la cláusula citada una de las previsiones del acuerdo de voluntades para proceder a estudiar el desequilibrio solicitado por el Concesionario.

²¹ Contratos, Cláusula 34.

Sea oportuno recalcar la trascendencia que para este pronunciamiento tiene la cláusula 41 transcrita, que se identificará cláusula general de equilibrio, en la que se destacan tres aspectos de importancia para el caso que nos ocupa, a saber: (a) la solicitud de equilibrio puede surgir de cualquiera de las partes contratantes, (b) que afecte las previsiones de quien lo solicita y (c) el peticionario no puede haber asumido contractualmente el riesgo materializado generador del desequilibrio.

Es de destacar que el factor de ajuste por cambios en el régimen tributario, cuyo procedimiento se establece en la ya citada cláusula 49, es uno de los eventos contemplados por las partes en los acuerdos de voluntades, en especial en la cláusula 41, la cual permite servir de asiento a reclamaciones económicas por desajuste.

Asimismo, de la interpretación armónica de las cláusulas 41 y 49 de los Contratos, el oferente debería cuantificar los montos de los impuestos vigentes en el momento de presentar su propuesta, sin incluir cobertura alguna en caso de variación de la legislación tributaria o la legislación vigente en el momento de efectuarse el último ajuste.

Visto lo anterior, y teniendo en consideración la premisa expresada de conformidad con la cual la norma aplicable al caso en estudio es el derecho privado, no desvirtúa que este tipo de acuerdo de voluntades puedan ser objeto de corrección de alteraciones sobrevenidas durante su ejecución que desequilibren su ecuación contractual. A este respecto son bien ilustrativas las sentencias que a continuación se transcriben en su parte pertinente y llevan a concluir que un negocio jurídico no puede ser instrumento de inequidad y por tanto, máxime frente a una previsión convencional, es mandatorio procurar la equivalencia en las prestaciones económicas contractuales que debe estar presente en todas las relaciones negociales, incluso en aquellas en las cuales no se

aplica la Ley 80 de 1993, circunstancia ésta que se hace más evidente cuando uno de los extremos es una entidad estatal.

Al respecto, vale la pena referirse a la sentencia de 21 de febrero de 2012 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se analizó el deber que tienen las partes de corregir la ecuación contractual cuando sobreviene una circunstancia que afecte el equilibrio económico del contrato, en los siguientes términos:

"Para la Sala, las partes deben evitar razonablemente, y en su caso, corregir la alteración sobrevvenida del equilibrio económico contractual, por cuanto el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad y "obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (essentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes"

(...)

En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las partes.

(...)

En ausencia de revisión legal o convencional o ante su insuficiencia para colmar la magnitud del desequilibrio presentado, la parte afectada puede solicitar a los jueces la adaptación del pacto a las circunstancias con los reajustes correspondientes o, de ser inadmisibles la reforma, su terminación, y en su caso, la reparación del daño experimentado con la sustracción o renuencia injustificada a corregirlo en quebranto de la fuerza vinculante del pacto, y del deber legal de corrección, lealtad y buena fe”²².

En igual sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de la necesidad de preservar la equivalencia prestacional en los contratos estatales regidos por el derecho privado en Sentencia de 28 de septiembre de 2011, así:

“(…) En nuestro régimen jurídico continental de derecho privado, siguiendo de cerca este desarrollo, el contrato se fundamentó en el principio de la autonomía de la voluntad, la libertad negocial y la ley contractual (lex contractus, pacta sunt servanda), regido bajo una equivalencia prestacional subjetiva para facilitar el tráfico patrimonial, la cual debe ser respetada, siempre que no contraríe las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres

Esto significa que, en el derecho privado, por regla general, la voluntad libremente expresada comporta que ante posibles desequilibrios en el valor real de las prestaciones, tanto al tiempo de celebrarse el contrato como en los momentos subsiguientes a su nacimiento, se esté en todo caso a lo convenido; es decir, los riesgos y vicisitudes del negocio, en principio, son asumidos por las partes en los términos inicialmente previstos porque el contrato es ley para ellas, situación que sólo puede ser variada o

²² Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012, Rad. No.: 11001-3103-040-2006-00537-01

*modificada por un nuevo acuerdo entre las mismas, o en aquellos casos en que expresamente el derecho común lo autorice o se determine la necesidad de la intervención estatal*²³.

6.3. En el caso concreto, la controversia que se suscita con ocasión al citado contrato de comercialización, ya se señaló, se dirime por las reglas del derecho privado y por tal motivo los principios, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse, anularse o rescindirse, son los previstos en las normas civiles y mercantiles, de acuerdo con las cuales rige, en forma estricta, el axioma de que el contrato es ley para las partes (art. 1602 C.C.), de manera que en cuanto a sus efectos debe estarse a lo pactado en el acuerdo, lo que excluye, la aplicación de las normas de la contratación estatal sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato”.

Este mismo punto fue abordado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 26 de julio de 2012 , en la cual se hizo el siguiente análisis:

"(...) 14.1 La Sala considera que por fuera de las normas incorporadas en la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, existe suficiente soporte normativo para concluir que un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80 de 1993 y que tiene como propósito la realización de estudios para la rehabilitación y construcción de obras de infraestructura, es susceptible de análisis

²³ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de de septiembre de 2011, Rad No.: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476).

judicial y de condena en contra de la entidad, frente a la demanda presentada por el contratista para obtener el restablecimiento del equilibrio, una vez probados debidamente los supuestos de hecho correspondientes.

14.2 Dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano se señalan como fundamentos de la obligación de reconocer la compensación correspondiente al contratante que haya incurrido en mayores erogaciones para el cumplimiento del contrato, los principios de la conmutatividad de las prestaciones y la buena fe; en particular, una norma relacionada con "los contratos para la confección de una obra material", artículo 2060, describe con mayor detalle lo que sería un antecedente de la figura, al prescribir que "si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez y prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda". Desde la perspectiva del derecho comercial, la ejecución del contrato de acuerdo con la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y del enriquecimiento sin justa causa, constituirían los fundamentos normativos correspondientes.

14.3 En cuanto hace referencia a la Constitución Política, es menester escudriñar en sus valores, principios y reglas la posible fuente de obligaciones para que la entidad restaure el equilibrio financiero, pues, tal y como lo ha dispuesto la Sala en ocasiones anteriores, "la perspectiva constitucional, como lente obligatorio para observar lo jurídico, impone al intérprete administrativo, civil, penal, etc., un rumbo de coherencia hermenéutica inmanente al

entendimiento del ordenamiento jurídico como sistema. En tal sentido, la administración de justicia habrá de apreciar el conjunto de disposiciones legales con la extensión y, al mismo tiempo, con la restricción, que las normas constitucionales definen". La Sala considera que los artículos constitucionales que consagran la buena fe, la solidaridad y la prohibición de abuso de los derechos serían la fuente indicada.

14.4 En el mismo sentido, hay quienes consideran que el vínculo obligatorio creado a través de la celebración de un contrato –pacta sund servanta–, involucra un elemento natural, consistente en que el cumplimiento de las prestaciones debe darse por parte del deudor siempre y cuando se mantengan las condiciones que concurrieron a la celebración del contrato –rebus sic stantibus–, puesto que de no ser así, deberá adaptarse el contrato a las condiciones posteriores o terminarse. El planteamiento referido, objeto de variadísimas controversias, morigera los efectos vinculantes de la obligación contractual en función de la naturaleza propia del contrato que se analiza, de la causa que le dio lugar y del propósito que persigue, de las condiciones especiales de las partes y de los elementos exógenos que resultan relevantes, para entender el acuerdo y determinar los efectos. La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la naturaleza del contrato en los siguientes términos:

La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su

desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado.

(...)

14.6 Así, bajo la cubierta armonizadora de los principios generales del derecho, en aplicación de la analogía iuris, las normas referidas darían sustento a que, en el evento en que se acredite un detrimento patrimonial del contratista por alteración de las condiciones y afectación del equilibrio contractual, se analice si de conformidad con las circunstancias especiales del caso habría lugar a la condena respectiva. Cabe advertir que la S. se abstiene de formular una teoría general de índole subjetiva u objetiva que indique en cuáles supuestos de hecho habrían de responder las entidades estatales en este tipo de asuntos, pues considera que tal planteamiento sería altamente inconveniente en tanto que solo lo que emerge del caso concreto, en su individualidad y en función de los principios y reglas expuestos, indicará al juez, de conformidad con la independencia y autonomía que le es propia, cuándo debe proceder a restablecer el equilibrio financiero del contrato por fuera de las prescripciones de la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Comercio²⁴.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de julio de 2012, Rad No.: 25000-23-26-000-1998-01474-01(22756)

Finalmente, vale la pena traer a colación la sentencia de 27 de noviembre de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que esta Corporación se refirió a la importancia de mantener la equivalencia económica de las prestaciones contractuales, en contratos como el que en esta providencia se analiza, así:

"Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público"²⁵.

Por otra parte, y analizadas las pretensiones relativas al desequilibrio económico del Contrato de Concesión por modificaciones al régimen tributario, relacionadas en las demandas reformadas de Quindío,

²⁵ Consejo De Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. No: 660012331000200200391.

Risaralda y Caldas, advierte el Tribunal que se solicita se declare que la Nación Ministerio Minas incumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de los cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta, que precedió la celebración del contrato, y que ocasionaron perjuicios al Concesionario.

Teniendo en cuenta lo anterior, deberá el Tribunal analizar las figuras de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento y el equilibrio económico en los contratos.

5.1. La responsabilidad contractual y el equilibrio económico y financiero del contrato

La visión privada de la responsabilidad contractual, contribuye en mucho a establecer el alcance y características de la misma en el ámbito público. Sin embargo, éste último adquiere notas más amplias debido al interés general inmerso en cada una de sus actuaciones y desarrollos.

En efecto, la responsabilidad contractual del Estado ha surgido como producto de la conjunción de dos principios que en su momento se consideraron antagónicos, por un lado, el principio de igualdad de las partes en el desarrollo de los contratos, propio del derecho privado, y por el otro lado, el principio del interés general, que ha guiado el devenir del derecho público. Ambos principios, se han unido en torno a la consolidación de un esquema de responsabilidad contractual en el derecho público.

El derecho civil enseña que la responsabilidad contractual consiste en la obligación de reparar el daño derivado del incumplimiento de los compromisos contractuales. Esta definición parte entonces, de la presencia de un deber de conducta contractual, encontrándose allí su diferenciación clásica con la responsabilidad extracontractual: la existencia o no de un contrato, y por ende la existencia o no de obligaciones contractuales.

El alcance señalado, le imprime a la responsabilidad contractual en el ámbito del derecho privado, las siguientes características base:

1. Supone la existencia de un contrato, entendido éste como un acuerdo de voluntades - al menos bilateral - encaminado a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, de contenido patrimonial o extrapatrimonial.²⁶

En este punto resulta de relevancia la definición legal que sobre el mismo se haya otorgado. Como especie del negocio jurídico, el contrato puede contener formalidades sustanciales, además de los requisitos esenciales o necesarios para su surgimiento.

De igual forma, los debates sobre la existencia y validez de los contratos cobran vigencia, para determinar el alcance de la responsabilidad.

²⁶ Señalan MAZEAUD y TUNC: "...El primer requisito parece no suscitar ninguna dificultad. Si el responsable y la víctima no se encontraban unidos por un contrato válido, no podría plantearse la cuestión de la responsabilidad contractual; la responsabilidad no podría ser sino delictual o cuasidelictual. Sin embargo, la aplicación de esa regla no es siempre tan sencilla como podría creerse; se advierte así cuando se examina uno por uno cada uno de sus términos...". Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo Primero. Volumen I op. cit. pág. 112.

2. Los legitimados para realizar cualquier reclamación serán en principio las partes del contrato.

Resulta claro que los legitimados para accionar en virtud de la responsabilidad contractual, serán por ende las partes del contrato. Sin embargo, en la estructuración del derecho privado de la responsabilidad contractual, se ha admitido que "(...) *excepcionalmente un tercero tendría legitimación para exigir responsabilidad (estipulación para otro o contrato a favor de terceros, acción subrogatoria u oblicua, etc.), por cuanto respecto de ellos es res inter alios acta, ni los aprovecha ni los perjudica (aliis neque nocere neque prodesse potest) (...).*"²⁷

3. Se deriva del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Se constituye el incumplimiento en la fuente de la responsabilidad contractual, surgido precisamente de la existencia del contrato como condición *sine qua non* y sustrato esencial de la misma.
4. Desde antaño se debaten las posibles causas exonerativas frente a la responsabilidad contractual. Tradicionalmente se han centrado en la fuerza mayor o el caso fortuito.

5.2. El alcance de la responsabilidad contractual

Adquiere importancia el análisis de los aspectos que han guiado la responsabilidad contractual estatal. En ella se encuentran elementos comunes con la responsabilidad contractual privada, en donde asume las características antes relacionadas. Sin embargo y sin duda los principios que hicieron surgir la responsabilidad administrativa o estatal

²⁷ NAMÉN, William. El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual. Op. cit. Pág. 6.

frente al contrato, devienen en fundamentales para lograr establecer sus características diferenciales.

Siguiendo las características enunciadas para el derecho privado, podemos denotar los elementos comunes y diferencias frente al derecho contractual estatal:

1. La presencia del contrato. Como ya vimos en el derecho privado este elemento resulta esencial para hablar de responsabilidad contractual. El citado requisito se encuentra en el derecho de la contratación pública donde se le otorga de la misma manera una especial relevancia, y donde se hace necesario analizar los requisitos establecidos en cada normatividad frente a los elementos esenciales para la existencia y validez del contrato administrativo o estatal. Si bien es cierto, buena parte de los países siguen los lineamientos del derecho privado a efectos de la determinación de un contrato existente y válido, el derecho público ha conllevado el establecimiento de requisitos que van más allá de los comunes ya referenciados.²⁸

²⁸ En el derecho colombiano no se admiten contratos estatales verbales y por ende la formalidad escrita se vuelve sustancial para el acuerdo. En tal sentido señala el artículo 41 de la ley 80 de 1993: "...Del perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...".

Otro ejemplo lo constituye el derecho español, donde la ley 30 de 2007 establecía en los artículos 27 y 28 específicas regulaciones en torno al tema, excluyendo los contratos estatales verbales: "Artículo 27. Perfección de los contratos.

1. Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella.
2. Salvo que se indique otra cosa se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación..."

"Artículo 28. Carácter formal de la contratación del sector público. 1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1., carácter de emergencia..."

2. El incumplimiento de las obligaciones contractuales, única fuente de la responsabilidad contractual del Estado? Aquí varía la percepción privada y pública del derecho de la responsabilidad contractual. Al respecto, se denota ya de por sí una diferencia en cuanto a la existencia en la contratación pública de etapas precontractuales obligatorias, de carácter legal, donde priman principios comunes en la mayoría de países. La presencia de estudios previos, prepliegos, pliegos de condiciones, hacen que se establezcan cláusulas que regirán el curso del contrato, y que requieren de parte del Estado, una diligencia suma en su confección. De por sí y en esto coinciden ambos derechos, la fuente principal de la responsabilidad contractual, siempre será el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Sin embargo, en contratación pública, se ha ligado la responsabilidad contractual a la teoría del equilibrio económico del contrato (incumplimiento contractual que genera desequilibrio económico), aunque existen doctrinantes que establecen diferencias entre ambas, como consecuencia del alcance de la imputación.²⁹

El propio Consejo de Estado, no ha escapado al citado debate; así puede leerse en la sentencia del 16 de septiembre de 2013:

“De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de

²⁹ Ver por ejemplo Hernández Silva Aida Patricia, La responsabilidad contractual del Estado: una responsabilidad sin imputación?. En revista de derecho privado No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2008.

contratación tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

Precisamente con ese fin el ordenamiento positivo faculta hoy a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y la dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá efectuarse directamente por la Administración.

Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno de los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiere estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula

penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto – ley 222 de 1983.”³⁰

En desarrollo de lo anterior, este debate requiere el análisis de instituciones propias del equilibrio económico de los contratos, teoría ésta que se ha guiado por las tradicionales: incumplimiento de la Entidad contratante, el hecho del príncipe, el *ius variandi*, y finalmente la teoría de la imprevisión. En el escenario moderno han aparecido unas nuevas³¹.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección, Sentencia de 16 de septiembre de 2013. Rad No.25000-23-26-000-2003-00113-01(30571).

³¹ Pareciera abrirse el tema con la formulación de la moralidad administrativa como derecho colectivo, tal como sucede en el derecho colombiano. Ello ha acarreado que el sistema judicialista incorpore la posibilidad por ejemplo de suspender un contrato administrativo o estatal, como medida cautelar de un juez popular, sin que queden claras las consecuencias económicas de la mencionada formulación. Así en sentencia del 31 de octubre de 2002, el Consejo de Estado en su calidad de juez de una acción popular ordenó suspender un contrato estatal fundamentado en los siguientes aspectos: "... Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo. Considera la Sala que esta afirmación de la Corte en la sentencia C-088 de 2000 al decidir sobre la exequibilidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, según la cual se advirtió que lo expuesto no significa que "a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo", no tiene carácter vinculante porque la decisión versó sobre la constitucionalidad de la disposición que ordena a los representantes legales de las entidades públicas responder solidariamente con los contratistas, en los eventos en los cuales se incurra en sobrecostos u otras irregularidades en la contratación estatal, pero no tenía por objeto definir la procedencia de la acción popular para la protección de derechos colectivos cuando su afectación estaba relacionada con la celebración de un contrato estatal. En la sentencia no se justificó por qué los asuntos contractuales no podían ser cuestionados ante el juez de la acción popular a pesar de que los mismos involucraran la vulneración de derechos colectivos y tampoco se condicionó el fallo en esos términos. Al precisar el alcance del respeto al precedente y la cosa juzgada constitucional, esa Corporación, en sentencia SU-047 de 1999. Concluyó la Corte Constitucional que en el sistema colombiano también había lugar a distinguir estos aspectos en una decisión judicial y señaló los efectos que produce cada uno de ellos, así:

En tal sentido la fórmula indemnizatoria o compensatoria, variará de acuerdo con cada una de ellas³².

3. En cuanto a la legitimación, se sigue la regla del derecho privado, en tanto que los legitimados serán las partes contratantes. Sin embargo, por la clara protección de los intereses públicos, se autoriza a los representantes del Ministerio Público o quien haga sus veces, para participar como parte. De igual forma, se ha introducido el concepto de interés directo en el caso de terceros que puedan verse afectados por la ejecución y desarrollo del contrato.
4. Sobre las causales exonerativas de la responsabilidad contractual en derecho público, se ha tomado la ya decantada figura del derecho privado: la fuerza mayor. No existe sin embargo mucha claridad sobre la aplicación de la culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo de un tercero, a diferencia de lo que sucede en el plano de la responsabilidad extracontractual.

5.3. Los principios fundamentales de la responsabilidad contractual en derecho público

a) la parte resolutive o decisum hace tránsito a cosa juzgada, con efecto erga omnes, en los juicios de constitucionalidad; b) la ratio decidendi tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y c) los obiter dicta sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un obiter dicta o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal ...”

En la citada sentencia se suspendieron los efectos del contrato estatal, hasta cuando se decidiera sobre la nulidad del mismo en sede de la jurisdicción contencioso administrativa.

³²Artículo 5 numeral 1 de la ley 80 de 1993.

La partición que ha implicado hablar de responsabilidad en derecho público, trajo consigo la búsqueda de sus fundamentos en el desarrollo constitucional de cada país.

Ello llevó tal como se ha establecido en apartes anteriores, a la introducción de normas específicas constitucionales sobre la materia.

Siguiendo a MARIENHOFF y a CASSAGNE, puede afirmarse que la responsabilidad del Estado tiene claros principios constitucionales, a pesar del señalamiento específico que sobre el tema hayan hecho ciertos países. En efecto, tendrían que diferenciarse los principios de los presupuestos, los cuales obedecen a los elementos para la determinación de la responsabilidad.

Los primeros, sus principios fundamentales, hacen referencia en palabras de CASSAGNE a *"(...) ciertos principios generales que constituyen el basamento del edificio en que se asienta y fundamenta el ordenamiento jurídico en general, insertándose, particularmente, en la Constitución, aunque pueden existir también principios fundamentales que no se hayan incorporado, en forma positiva y expresa, a la ley fundamental (por ejemplo, el principio general de la buena fe) (...)."*³³

Tenemos entonces que existen principios que determinan la procedencia de la responsabilidad del Estado, ligada esta última en su fundamento como ya se ha dicho al Estado de Derecho en concepto de MARIENHOFF³⁴, e íntimamente ligada tal concepción a los principios de

³³ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Editorial Marcial Pons. 2009. Buenos Aires, Argentina. Pág. 35.

³⁴ Señala MARIENHOFF: "...Tal fundamento no es otro que el "Estado de Derecho" y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un complejo y que tienen, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo

derecho natural incorporados en el plano constitucional en criterio de CASSAGNE³⁵. Son algunos de ellos:

"1º. El respeto del derecho a la vida y en general a la integridad física del hombre, pues tal derecho, aunque no expresamente, surge implícitamente de la Ley Suprema, ya que su existencia y reconocimiento es requisito "sine qua non" para que el hombre goce de todos los demás derechos expresamente reconocidos por la Constitución. El derecho a la vida actúa como obvia garantía constitucional innominada: sin él no es posible el ejercicio de ninguno de los otros derechos reconocidos expresamente. Recuérdese que, como alguien dijo, la vida es para el derecho y la libertad lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo. El respeto debido al derecho a la "vida" y a la integridad física del hombre es, en síntesis, el fundamento de la responsabilidad del Estado por la muerte o lesión física causada a una persona al ser ésta, por ejemplo, embestida con un automotor de propiedad de aquél - máxime si en la especie no hubo precisamente "culpa" del Estado, o al recibir una herida de bala por la actuación de un guardián del orden, etc.

2º. El respeto a los "derechos adquiridos" o, en otras palabras, el respecto a la "propiedad", todo lo cual surge del artículo 17 de la Constitución.

del derecho público. Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho ("no dañar a otro"; "dar a cada uno lo suyo") que, por cierto, también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado...". Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. op. Cit. Pág. 724.

³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. La Ley. Buenos Aires. 2011. Páginas 395 y ss.

3º. Las específicas normas sobre "expropiación" por utilidad pública, calificada por Ley y previamente indemnizada. Estas normas constituyen un "principio general", de aplicación no sólo en los supuestos específicos de "expropiación", sino en todos los supuestos en que un derecho individual cede o sufre menoscabo por utilidad o interés público.

4º. La igualdad ante las cargas públicas.

5º. El afianzamiento de la justicia

6º. El reconocimiento de los derechos esenciales (mencionados en el artículo 14)

7º. Las garantías a la libertad (artículo 18)

8º. El que surge del artículo 15 de la Ley Suprema, en cuyo mérito "en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración"(...).

9º. El artículo 100 de la Ley Suprema, del cual dedúcese la posibilidad de someter a juicio al Estado (...)."36

En desarrollo de lo anterior, la base de la responsabilidad del Estado tanto contractual como extracontractual, encuentra buena parte de sus elementos en la necesaria compaginación de los principios

³⁶ MARIENHOFF. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Op. cit. pág. 725.

constitucionales citados con las lesiones causadas a partir de las diferentes actividades que asuma.

5.4. Los elementos de la responsabilidad contractual del Estado y del contratista

Se han establecido los siguientes elementos comunes a la responsabilidad contractual del Estado y del contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política:

1. Existencia de un contrato estatal
2. Hecho u hechos dañosos
3. Daño antijurídico
4. Nexo causal
5. Imputación jurídica al Estado o al contratista del daño antes relacionado

La consideración sobre la antijuridicidad y su alcance, ha partido de la clásica noción de la oposición al derecho. La distinción entre lo ilícito o lícito, hace que deba abordarse de forma puntual el alcance de la antijuridicidad frente a la teoría de la responsabilidad del Estado.

La antijuridicidad (oposición al derecho) tal como lo plantea DE CUPIS:

"(...) presupone un exacto conocimiento del concepto de derecho. La expresión derecho tiene diferentes significados, indicando tanto un conjunto de normas o reglas jurídicas (derecho objetivo), como una facultad de querer conformarla al derecho objetivo (derecho subjetivo) o, finalmente, como objeto del derecho correspondiente a un sujeto, dando de lado a los significados secundarios de ciencia

*o arte del derecho. Cuando se habla de antijuridicidad, con ello se pretende referir al derecho entendido en los dos primeros significados, o sea, el derecho objetivo y al derecho subjetivo (...)."*³⁷

La dificultad se plantea frente al concepto de derecho, el cual puede tener diferentes interpretaciones.

Tal como fue abordado anteriormente la responsabilidad contractual en el derecho privado, remontó la antijuridicidad a la causa del daño, en este caso el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Así lo expone DE CUPIS: "*(...) La elección recae, ante todo, en el daño ocasionado por un acto humano antijurídico, y es éste precisamente, su aspecto visible (...).*"³⁸

Esa noción propia del derecho privado, ha extendido su campo de aplicación a las actividades legítimas en el campo del derecho público. En ese orden de ideas y tal como se ha expuesto con anterioridad, la antijuridicidad se desplaza de la causa al daño mismo.

Sin embargo, se encuentran nuevas tendencias, en relación con esta concepción en el derecho privado. Tratadistas como Miguel Federico de Lorenzo, critican esta postura, y por ende consideran que debería hablarse de daño injusto, dejando de lado el concepto de antijuridicidad. Se trata de una noción de tinte civilista, pero que ha comenzado a hacer carrera dentro de parte de la doctrina pública. Al respecto señala:

³⁷DE CUPIS, Adriano. El daño. Editorial Bosch, Barcelona España. 1975, pág. 84.

³⁸*Ibíd.*, pág. 84.

"(...) El nuevo horizonte del derecho de daños está constituido precisamente por un sistema que se configura a partir del detrimento sufrido injustamente, y con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona. La elaboración de la responsabilidad civil sobre la base de la antijuridicidad concebida como conducta contraria al orden jurídico, no sólo resulta desaconsejable en cuanto no suministra un parámetro adecuado para la solución de los innumerables conflictos de intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibidas o ajustadas al ejercicio de un derecho, sino que a los fines de lograr una teoría funcional y dinámica del ilícito – omnicomprensiva de las nuevas figuras dañosas – los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción, que en definitiva se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo de resultados ex post facto.

Además de ello, las innumerables hipótesis de repartición del daño que el legislador realiza – según exigencias de justicia – no parece que puedan conglobarse – sin quebrantar la lógica – en torno a la noción de ilicitud. Antes bien, el simple repaso de diversas fattispecies expresamente previstas en nuestro ordenamiento positivo, corroboran la tesis que para fundamentar el trasvasamiento del menoscabo, y por razones de política legislativa, se recurre a una multiplicidad de criterios, que sólo se vinculan entre sí a través de los fines a los que se hallan ordenados (...).

(...) De lo expuesto surge la conveniencia de una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando, por el contrario, toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la

*hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido. A tales fines, se proyecta, como una posible superación del esquema cuyo abandono se propone, la transferencia del menoscabo a partir de su categorización como daño injusto (...)."*³⁹

Esta novedosa teoría, implicaría basar la responsabilidad sobre el daño injusto, sobre la *"base de un criterio valorativo que permita establecer, frente a cada caso, si un determinado interés es merecedor de tutela."*⁴⁰ Sin embargo, el derecho colombiano siguió la fórmula de la antijuridicidad, pero trasladándola de la acción u omisión al daño.

En cuanto a los títulos jurídicos de imputación, si bien es cierto el Consejo de Estado realiza la distinción entre la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio económico financiero, lo cierto es que ambas pueden generar responsabilidades a favor de cualquiera de las partes del contrato. Así hoy está claramente aceptado que el desequilibrio económico y financiero puede sufrirlo no solamente el contratista afectado sino también la entidad contratante.

En tal sentido ha señalado:

*"Este enfoque del equilibrio económico permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual."*⁴¹

³⁹ DE LORENZO, Miguel Federico. El Daño injusto en la responsabilidad civil. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires, Argentina.1996. Pág. 22.

⁴⁰ Cita del prólogo del libro de DE LORENZO, por parte de José W. TOBIAS.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación No. 41001233100099800884 01

Con todo lo dicho, desde el punto de vista del pacto en el caso que se estudia, es posible determinar que, por tratarse de Contratos estatales regidos por el derecho privado, existe la posibilidad de equilibrar estos acuerdos de voluntades a favor del Concesionario en el evento de presentarse cambios en la legislación tributaria. En este sentido, con miras a determinar si procede el restablecimiento de la ecuación contractual resulta necesario estudiar la conducta de las partes a la luz del procedimiento acordado en la cláusula 49 tantas veces referida, la cual contiene la fórmula para establecer el factor de ajuste.

6. Análisis de la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico de los Contratos por modificaciones en el régimen tributario

Sea oportuno repetir, para efecto del análisis que se realizará a continuación, que de conformidad con la cláusula 9 de los Contratos, el término de ejecución de estos acuerdos de voluntades era *“(...) desde su perfeccionamiento hasta el día 30 de junio de 2014 a las 12:00 pm. El contrato estará vigente hasta su liquidación final que deberá realizarse a más tardar el 31 de diciembre de 2014 (...)*. De lo citado es claro concluir que uno es el término de ejecución de los Contratos y, otro bien distinto, el de vigencia de los Contratos. El primero de ellos venció el 30 de junio de 2014 y el de vigencia el 31 de diciembre del mismo año. De igual forma, debe recalarse que la cláusula 49 de los Contratos establece que *“Cuando durante la vigencia del Contrato se produzcan cambios en la legislación tributaria (...)*” el Concesionario puede presentar ante la Comisión una solicitud para aplicar el factor de ajuste, acompañado por un estudio aprobado por el MINISTERIO o determinado por el amigable componedor o mediante tribunal de arbitraje en el que

se demuestre el impacto en el cargo por la red. Así las cosas, por expreso acuerdo entre las partes, este procedimiento puede iniciarse o activarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

Para tales efectos, en primer lugar, este tribunal procede a analizar si el Concesionario presentó la solicitud de restablecimiento de equilibrio económico de los Contratos dentro del término convenido en la cláusula 49, esto es, durante la vigencia de los Contratos, la cual, se repite, venció el 31 de diciembre de 2014, diferenciándose del término de ejecución que se cumplió el 30 de junio de 2014.

Al respecto, este Tribunal encuentra, luego de un examen detallado de las pruebas que obran en el proceso, que EFIGAS le solicitó al MINISTERIO el restablecimiento del equilibrio económico de los Contratos en los términos pactados por las partes, pues radicó ante la convocada tres solicitudes de restablecimiento de la ecuación económica por cambios en la legislación tributaria para las áreas de Caldas, Risaralda y Quindío mediante comunicaciones de 2 de julio de 2014⁴², vale decir, antes del 31 de diciembre de 2014.

En lo que concierne a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico en el área de Caldas por modificaciones en el régimen tributario, el Concesionario manifestó lo siguiente: *"(...) solicito muy comedidamente se sirva restablecer el equilibrio económico contractual, por haberse presentado desequilibrios del Contrato de Concesión Especial para la Prestación del Servicio Público Domiciliario de Distribución de Gas Natural por Red en forma exclusiva en el área denominada "Área de Caldas" **para los años 2008 a 2013**, por los cambios en el régimen tributario señalados en la CLÁUSULA 49 del Contrato de Concesión, **teniendo en cuenta los datos y cálculos***

⁴² Folios 145-147, Cuaderno de pruebas (exp.4631, Caldas); Folios 145-147, Cuaderno de pruebas (exp.4629, Risaralda), Folios 188, Cuaderno de pruebas (exp.4632, Quindío).

establecidos en el Anexo No.2 de la presente solicitud. Los desequilibrios correspondientes al primer semestre del año 2014 se presentarán **después del 30 de junio de 2014** (...)"⁴³.

De igual forma, EFIGAS le solicitó al MINISTERIO la corrección de la ecuación contractual por modificaciones tributarias en el área de Risaralda en los siguientes términos: "(...) solicito muy comedidamente se sirva restablecer el equilibrio económico contractual, por haberse presentado desequilibrios del Contrato de Concesión Especial para la Prestación del Servicio Público Domiciliario de Distribución de Gas Natural por Red en forma exclusiva en el área denominada "Área de Risaralda" **para los años 2006 a 2013**, por los cambios en el régimen tributario señalados en la CLÁUSULA 49 del Contrato de Concesión, **teniendo en cuenta los datos y cálculos establecidos en el Anexo No.2 de la presente solicitud.** Los desequilibrios correspondientes al primer semestre del año 2014 se presentarán después del 30 de junio de 2014 (...)"⁴⁴.

Respecto al restablecimiento del equilibrio económico en el área de Quindío, el CONCESIONARIO manifestó lo siguiente: "(...) solicito muy comedidamente se sirva restablecer el equilibrio económico contractual, por haberse presentado desequilibrios del Contrato de Concesión Especial para la Prestación del Servicio Público Domiciliario de Distribución de Gas Natural por Red en forma exclusiva en el área denominada "Área de Quindío" **para los años 1998 al 2013**, por los cambios en el régimen tributario señalados en la CLÁUSULA 49 del Contrato de Concesión, **teniendo en cuenta los datos y cálculos establecidos en el Anexo No.2 de la presente solicitud.** Los desequilibrios correspondientes al primer semestre del año 2014 se

⁴³ Folio 146, Cuaderno principal (exp.4631, Caldas).

⁴⁴ Folio 146, Cuaderno de Pruebas (exp.4629, Risaralda).

*presentarán después del 30 de junio de 2014 (...)*⁴⁵ (negrilla fuera del texto).

Como se menciona en los apartes de las tres comunicaciones previamente transcritas, el CONCESIONARIO allegó como anexo ("Anexo 2") una tabla, en la que realizó un análisis comparativo de los impuestos cancelados año a año, con el fin de demostrar el supuesto impacto del desequilibrio económico sufrido por EFIGAS en razón de la modificación de la legislación tributaria. Según el Anexo 2, en lo relativo al área de Caldas, para el periodo comprendido entre 2008 y diciembre de 2013, el desequilibrio ascendía a la cifra de dos mil trescientos treinta millones ochocientos ochenta y nueve mil cuatrocientos ochenta pesos (\$ 2.330.889.480), mientras que, para el área de Risaralda, la cifra en cuestión alcanzaba los dos mil ochocientos ochenta y nueve millones doscientos nueve mil cincuenta y cinco pesos (\$ 2.889.209.055)⁴⁶ para el periodo comprendido entre 2006 y diciembre de 2013. En lo que concierne al área de Quindío, la cifra se encuentra incluida en el Anexo 2, que obra a folio 159 del Cuaderno de Pruebas 1 del expediente 4632.

No obstante lo anterior, ello no perjudica en forma alguna el análisis aquí realizado con miras determinar si procede o no la corrección de la ecuación contractual por cambios en el régimen tributario.

En relación con el método de cálculo empleado por EFIGAS con el fin de determinar el impacto que supuestamente había sufrido por los cambios en la legislación tributaria, este tribunal debe resaltar que en la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de los Contratos y, en particular, en el Anexo 2, EFIGAS cruzó los impuestos adicionales que debió cancelar en los periodos reclamados (*Gravamen Financiero*,

⁴⁵ Folio 155, Cuaderno de Pruebas (exp. 4632, Quindío).

⁴⁶ Folio 146, Cuaderno de Pruebas (exp.4629, Risaralda).

Impuesto al patrimonio e impuesto de timbre), con los beneficios que recibió en dichos periodos, los cuales el Concesionario denominó *Menos impuesto por beneficio del 30 % en inversiones e Impuesto gravamen a los movimientos financieros*.

De lo anterior se desprende en forma clara, que Efigás aceptó que, en la liquidación, deberían tenerse en cuenta tanto los impactos sufridos como los beneficios percibidos, en razón a las modificaciones en el régimen tributario.

Así las cosas, de una lectura de las comunicaciones presentadas por el Concesionario el 2 de julio de 2014, con sus respectivos anexos, y, considerando que la cláusula 49 de los Contratos no impone parámetros, criterios o requisitos especiales para la presentación de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico, salvo que ésta se radique durante la vigencia del Contrato, el Tribunal considera que EFIGAS sí cumplió con la obligación que le impone la Cláusula 49 de presentar, en vigencia de los Contratos, un estudio para aprobación del MINISTERIO en el que se demuestre el impacto que haya tenido la modificación de la legislación tributaria sobre el cargo de la red.

Adicionalmente observa el Tribunal que la convocante no pide reconocimiento alguno por los periodos solicitados para las áreas de Caldas y Risaralda que fueron fallados en el laudo del tribunal anterior expedido en 2012. En lo que atañe al Quindío es de resaltar que esta zona no fue objeto de debate ni de decisión en dicho laudo, circunstancia que permite a Efigás solicitar, como lo hace, el desequilibrio desde el año 1998 a 2013. Esta circunstancia le permite al Tribunal concluir que en materia de desequilibrio económico por modificaciones al régimen tributario propios de las pretensiones de esta convocatoria arbitral, no existe "cosa juzgada", con el alcance alegado

por el Ministerio en sus excepciones. En virtud de lo anterior, el Tribunal desestimaré la excepción denominada Cosa Juzgada frente a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio por cambios en el régimen tributario.

En ese sentido, el concepto del Ministerio Público señala:

"De tal forma que, se concluye que la Cláusula 49 del Contrato respecto al ajuste por modificaciones al régimen Tributario puede aplicarse en diferentes oportunidades, en aquellas en las que se presente efectivamente un desequilibrio por tal razón y se acredite la afectación del tributo, por tanto no necesariamente debían hacerse reclamaciones por los años posteriores a los resueltos por el Laudo del año 2012 por posibles desequilibrios, lo cual tampoco hace imposible hacerlo posteriormente.

"Por lo anterior, se concluye que los periodos entre 2008 al 2009 para el Área Caldas y 2006 a 2009 para el Área Risaralda pueden ser objeto de las pretensiones de las respectivas demandas ya que no han hecho tránsito a cosa juzgada al no encontrarse entre las resoluciones del Laudo del 2 de julio de 2012.

(...)

"En consecuencia, se reitera que en sentir de esta Procuraduría Judicial, no hay cosa juzgada frente a las reclamaciones por desequilibrio económico, fundamentadas en tributos por años que no fueron objeto de decisiones contenidas en los Laudos del 2012 o que se apoyan en hechos o materias distintas a la tributaria."⁴⁷

⁴⁷ Folios 403 y 404 del Cuaderno Principal No. 4.

En vista de lo anterior, no es preciso afirmar que EFIGAS nunca puso en conocimiento del MINISTERIO la ocurrencia de hechos desequilibrantes de los Contratos por cambios en la normatividad tributaria ni señalar que no presentó estudio alguno para su aprobación referentes al restablecimiento del equilibrio por este mismo concepto. En estricto sentido y de conformidad con la taxatividad de la cláusula 49, EFIGAS cumplió su obligación, así como el MINISTERIO lo hizo con su tarea propia, como se explicará a continuación.

Dado lo expuesto, se examinará si el MINISTERIO cumplió con las obligaciones impuestas por la cláusula 49 de los Contratos, que consistían en darle trámite al estudio presentado por EFIGAS y decidir acerca de su aprobación o improbación.

Sobre el alcance de las obligaciones que tenía el MINISTERIO, este Tribunal considera oportuno referirse a los laudos de 2012, pues allí se realizó una descripción detallada y precisa acerca de las acciones que debía tomar la entidad concedente una vez le fuera presentado el estudio por parte de EFIGAS, análisis que comparte plenamente este Tribunal y que se transcribe a continuación: “(...) *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** (...)*” (negrilla fuera del texto)⁴⁸.

Teniendo presente que la entidad pública concedente tenía el deber de pronunciarse sobre la solicitud presentada por Efigás el 2 de julio de 2014, a continuación, se explican las razones por las que este Tribunal

⁴⁸ Folio 244, Cuaderno de Pruebas (exp.4629, Risaralda).

ha llegado a la conclusión de que las acciones tomadas por la entidad concedente se ajustaron a lo pactado por las partes en lo relativo al procedimiento pactado en la cláusula 49.

En primer lugar, una vez fue radicada la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico por parte de EFIGAS, el MINISTERIO le corrió traslado al Interventor de los Contratos con el fin de que éste último, quien fungía como su representante, especialmente en la liquidación de los Contratos, al tenor de lo dispuesto en la cláusula 61 de estos acuerdos de voluntades⁴⁹, determinara si procedía o no la corrección de la ecuación contractual por las modificaciones en la legislación tributaria. En efecto, como consta en comunicación de 18 de diciembre de 2014 dirigida por la INTERVENTORÍA al MINISTERIO⁵⁰, éste último, mediante comunicaciones MME-2014037803 de 13 de junio de 2014 y MME-2014047255 de 24 de julio de 2014, solicitó un concepto de ITANSUCA en relación con las reclamaciones presentadas por el CONCESIONARIO para el restablecimiento del equilibrio económico en las áreas de Caldas, Risaralda y Quindío.

En respuesta a esta petición, la INTERVENTORÍA, luego de intercambiar sendas comunicaciones con la entidad concedente y con el CONCESIONARIO a fin obtener la información necesaria con miras a definir si la petición de EFIGAS se encontraba justificada, remitió su análisis a la entidad pública mediante la ya mencionada comunicación del 18 de diciembre de 2014, a la cual se anexaron, en lo que concierne las modificaciones tributarias, los siguientes documentos: (i) *Informe de*

⁴⁹ Contratos. **“LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. CLÁUSULA 61. PLAZOS Y PROCEDIMIENTO.** Este contrato será liquidado en un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la terminación de su ejecución, con base en la contabilidad debidamente auditada que el CONCESIONARIO debe llevar sobre los negocios desarrollados dentro del área de servicio exclusivo, la información permanente al INTERVENTOR y los documentos firmados por las partes durante su ejecución. El INTERVENTOR representará al CONCEDENTE en impulsar la liquidación, sin perjuicio de las facultades del representante legal del CONCEDENTE”.

⁵⁰ Folio 435, Cuaderno Principal No.1 (exp.4631, Área de Caldas).

evaluación de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión especial celebrado entre La Nación – MINISTERIO de Minas y Energía y la sociedad EFIGAS S.A. E.S.P., por cambios en el régimen tributario ASE Caldas; (ii) Informe de evaluación de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión especial celebrado entre La Nación – MINISTERIO de Minas y Energía y la sociedad EFIGAS S.A. E.S.P., por cambios en el régimen tributario ASE Risaralda; (iii) Informe de evaluación de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión especial celebrado entre La Nación – MINISTERIO de Minas y Energía y la sociedad EFIGAS S.A. E.S.P., por cambios en el régimen tributario ASE Quindío.

Con respecto a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico por modificaciones en la legislación tributaria en el área de Caldas, la INTERVENTORÍA concluyó que el CONCEDENTE no le adeudaba suma alguna a EFIGAS sino que, por el contrario, el CONCESIONARIO tenía una deuda de seiscientos treinta y cuatro millones doscientos sesenta y dos mil setenta y tres pesos (\$ 634.262.073) por los beneficios tributarios percibidos por el CONCESIONARIO entre los años 2008 y 2013, actualizados a junio de 2014. ITANSUCA hizo la salvedad de que dicha suma estaba sujeta a revisión en el evento en que el CONCESIONARIO aportara datos adicionales respecto al impacto sufrido por EFIGAS en los años 2008, 2009 y 2011 por modificaciones en el gravamen a los movimientos financieros. A continuación, se transcriben las conclusiones del informe en cuestión⁵¹:

“(…) Como resultado de la revisión realizada de la información allegada (sic) por parte de EFIGAS de los mayores valores incurridos por el pago de impuestos y así mismo de los beneficios

⁵¹ Folio 458, Cuaderno Principal No.1 (exp.4631, Área de Caldas).

obtenidos por los cambios en algunos conceptos tributarios en el área exclusiva de CALDAS, entre los años 2008 y 2013, así como por los cálculos efectuados por la Interventoría se llegó a una reducción inicial de la pretensión de \$1.350.635.377 al pasar de un valor reclamado a precios corrientes por parte del Concesionario de \$810.321.656 a un valor revisado a cargo de EFIGAS SA de \$540.313.721.

A partir de la cifra obtenida del análisis de \$540.313.721 a favor de la entidad, se actualizaron los valores a junio de 2014 y la cifra ajustada a dicha fecha es de \$634.262.073 a favor del MINISTERIO de Minas.

Es importante recalcar que aún se encuentra pendiente información que sirve como evidencia fundamental para determinar la razonabilidad del dinero reclamado por concepto de gravamen financiero para los años 2008, 2009 y 2011, es por esta razón, la cifra obtenida en el proceso de revisión y ajuste realizado por la interventoría, puede estar sujeta a ajustes (...)".

De igual forma, en lo relativo a la solicitud allegada por la convocante para la corrección de la ecuación contractual en el área de Risaralda, la INTERVENTORÍA encontró que EFIGAS le adeudaba al MINISTERIO, por concepto de las modificaciones en el régimen tributario en el periodo comprendido entre 2006 y 2013, la suma de setecientos un millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos setenta y tres pesos (\$ 701.247.673), actualizada a junio de 2014. En este caso, el INTERVENTOR también hizo una salvedad en relación con el reclamo presentado por EFIGAS por concepto de gravamen financiero, en los siguientes términos⁵²:

⁵² Folio 482, Cuaderno Principal No.1 (Exp.4629, Área Risaralda).

“(…) Como resultado de la revisión realizada de la información allegada (sic) por parte de EFIGAS de los mayores valores incurridos por el pago de impuestos y así mismo de los beneficios obtenidos por los cambios en algunos conceptos tributarios en el área exclusiva de RISARALDA, entre los años 2006 y 2013, así como por los cálculos efectuados por la Interventoría se llegó a una reducción inicial de la pretensión de \$986.416.150 al pasar de un valor reclamado a precios corrientes por parte del Concesionario de \$446.150.791 a un valor revisado a cargo de EFIGAS SA de \$540.265.359.

A partir de la cifra obtenida del análisis de \$540.265.359 a favor de la entidad, se actualizaron los valores a junio de 2014, y la nueva cifra ajustada a dicha fecha es de \$701.247.673. a favor de la entidad.

Es importante recalcar que aún se encuentra pendiente información que sirve como evidencia fundamental para determinar la razonabilidad del dinero reclamado por concepto de gravamen financiero y es, por esta razón, que la cifra obtenida en el proceso de revisión y ajuste realizado por la interventoría, puede estar sujeta a ajustes (…)”.

Por último, frente a la reclamación que presentó EFIGAS para el área de Quindío, el INTERVENTOR se pronunció así:

“(…) Como resultado de la revisión realizada por parte de la Interventoría de la información allegada por parte de EFIGAS de los mayores valores incurridos por el pago de impuestos y así mismo de los beneficios obtenidos por los cambios en algunos conceptos tributarios en el área exclusiva de Quindío, entre los años 1998 y 2013, así como por los cálculos efectuados por la

Interventoría se llegó a una reducción inicial de la pretensión de \$939.379.576 al pasar de un valor reclamado a precios corrientes por parte del CONCESIONARIO de \$612.412.729 a un valor revisado a cargo de EFIGAS de \$326.966.847.

A partir de la cifra obtenida del análisis de \$326.966.847 a favor de la entidad, se actualizaron los valores a junio de 2014, y la nueva cifra ajustada a dicha fecha es de \$560.436.931 a favor del MME.

Es importante recalcar que aún se encuentra pendiente información que sirve como evidencia fundamental para determinar la razonabilidad del dinero reclamado por concepto de gravamen financiero, adicionalmente falta el soporte de la reclamación de impuesto al patrimonio para el año 2005 por valor de \$30.679.000 y es, por esta razón, la cifra obtenida en el proceso de revisión y ajuste realizado por la interventoría, puede estar sujeta a ajustes (...)".⁵³

Así las cosas, una vez el INTERVENTOR remitió las conclusiones previamente descritas en cuanto a la no procedencia del restablecimiento del equilibrio económico en favor de EFIGAS por modificaciones en la legislación tributaria, la ENTIDAD procedió a dar respuesta a las reclamaciones a través del borrador de acta de liquidación bilateral para las áreas de Risaralda, Caldas y Quindío; borradores que fueron remitidos al CONCESIONARIO en correo electrónico de 26 de diciembre de 2016⁵⁴, esto es, en el término de vigencia de los contratos, como lo exigía la cláusula 49, aunque los acuerdos de voluntades habían finalizado; circunstancia ésta que se itera, no acarrea incumplimiento alguno frente a la redacción textual de

⁵³ Folio 345, Cuaderno Principal No.1 (Exp. 4632, Área de Quindío).

⁵⁴ Folio 166, Cuaderno de Pruebas (Exp. 4631, Área de Caldas).

la cláusula en cuestión que obligaba a presentar el estudio para aprobación del Ministerio durante su vigencia.

En el borrador de acta de liquidación por mutuo acuerdo, la ENTIDAD acogió los informes del INTERVENTOR en su integralidad, como se explica a continuación.

En lo que respecta al área de Caldas, el MINISTERIO propuso lo siguiente en el borrador de acta de liquidación bilateral⁵⁵: “(...) *El resultado neto del análisis efectuado por la Interventoría respecto de la suma final que EL CONCESIONARIO adeuda a EL CONCEDENTE actualizado con base en las series de empalme del DANE a precios de noviembre de 2014, asciende ala (sic) suma de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$639.307.625), además de los ajustes a que haya lugar por el reconocimiento de intereses sobre los beneficios (...)*”.

Así mismo, en el proyecto de acta de liquidación por mutuo acuerdo para el área de Risaralda, la entidad concedente consideró que:

“(...) EL CONCESIONARIO obtuvo beneficios por cambios en la normatividad tributaria, por reducción dela (sic) tarifa del impuesto de timbre al 0% a partir del año 2010, la deducción en el impuesto de renta, deducción por la inversiónen (sic) activos fijos productivos y de la deducción de parte del gravamen financiero en el impuesto de renta, y que tal situación es un hecho imprevisible, no imputable a EL CONCEDENTE, del cual no asumió el riesgo contractual, lo cual significó el rompimiento del equilibrio contractual, se evidencia que CONCESIONARIO adeuda a EL CONCEDENTE la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS NUEVE

⁵⁵ Folio 188, Cuaderno de Pruebas (Exp. 4631, Área de Caldas).

MILLONES SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS M/CTA (\$4.809.065.510) valor que se encuentra ajustado a precios de noviembre de 2014, además de los ajustes a que haya lugar por el reconocimiento de intereses sobre los beneficios obtenidos.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que EL CONCESIONARIO también presentó reclamación por cambios en la normatividad tributaria y que la suma reclamada por éste por la causal mencionada pudo ser comprobada, de acuerdo con el análisis de la Interventoría, en un valor total de TRES MIL SETECIENTOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MCTE (\$3.700.653.272), se determina que el saldo final que queda es en favor de EL CONCEDENTE, por valor neto actualizado con base en las series de empalme del DANE a precios de noviembre de 2014, de SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$746.180.474), además de los ajustes a que haya lugar por el reconocimiento de intereses sobre los beneficios, tal cual como se explica en detalle en el numeral 3.5.2. de la presente Acta.

En lo que concierne al área de Quindío, la entidad concedente, con fundamento en el informe aportado por ITANSUCA, plasmó las siguientes conclusiones en el borrador de acta de liquidación por mutuo acuerdo⁵⁶:

"(...) Estando demostrado, de conformidad con las certificaciones del Revisor Fiscal de EL CONCESIONARIO, y el Concepto de la firma interventora, Itansuca, que EL CONCESIONARIO obtuvo

⁵⁶ Folio 19, Cuaderno de Pruebas No.1 (Exp. 4632, Área de Quindío).

beneficios por cambios en la normatividad tributaria, por reducción de la tarifa del impuesto de timbre al 0% a partir del año 2010, la deducción en el impuesto de renta de la inversión en activos fijos productivos y de la deducción de parte del gravamen financiero en el impuesto de renta y la reducción en la tarifa del impuesto de renta y que tal situación es un hecho imprevisible, no imputable a EL CONCEDENTE, del cual no asumió el riesgo contractual, lo cual significó el rompimiento del equilibrio económico contractual, se evidencia que EL CONCESIONARIO adeuda a EL CONCEDENTE un valor total de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$4.466.253.992), valor que se encuentra ajustado a precios de noviembre de 2014 además de los ajustes a que haya lugar por el reconocimiento de intereses sobre los beneficios obtenidos.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que EL CONCESIONARIO también presentó reclamación por cambios en la normatividad tributaria, y que la suma reclamada por éste por la causal mencionada pudo ser comprobada, de acuerdo con el análisis de la Interventoría, en un valor total de TRES MIL CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$3.414.539.677), se determina que el saldo final que queda es en favor de EL CONCEDENTE, por valor neto actualizado con base en las series de empalme del DANE a precios de noviembre de 2014, asciende a la suma de QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO QUINCE PESOS M/CTE (\$564.895.115), además de los ajustes a que haya lugar por el reconocimiento de intereses sobre los

beneficios, tal cual se explica en detalle en el numeral 3.5.2.1 de la Presente Acta”.

Dejando sentadas las consideraciones anteriores, es cierto que nunca se presentó la solicitud de restablecimiento a la CREG quien era, en últimas, la entidad encargada de modificar la tarifa para que, a través de ella, se restableciese el equilibrio de las prestaciones económicas. No obstante esa verdad, es preciso señalar, por paradójico que parezca, que aun cuando se cumplieron las obligaciones mutuas, no fue posible obtener el pronunciamiento de la CREG y, en consecuencia, se hizo imposible la corrección de la ecuación contractual como estaba planteado, vale decir, mediante el aumento de la tarifa por modificación del cargo promedio máximo unitario de la red, circunstancia ésta que, en criterio del tribunal no fue motivada por EFIGAS ni por el MINISTERIO sino por la inaplicabilidad parcial de la cláusula en análisis.

En efecto, la fórmula en ella plasmada está inadecuadamente planteada, en su diseño y estructura, pues resulta inane en cuanto a su temporalidad y al agotamiento del procedimiento descrito en su estipulación, cronología que, como está estructurada, se hace de imposible cumplimiento, circunstancia ésta que en momento alguno hace nugatoria la expresa voluntad de los cocontratantes de equilibrar la ecuación financiera de los Contratos por situaciones provenientes de cambios en la legislación tributaria, voluntad genérica establecida en la cláusula 49 en cuestión, en concordancia con la estipulación consagrada en la cláusula 41 del acuerdo.

En el caso en examen, como se anotó, tanto el Concedente como el Concesionario, durante la vigencia de los contratos procedieron, de una parte, a presentar el estudio para aprobación del Ministerio y, de la otra, la entidad pública a negar su reconocimiento en el proyecto de acta de

liquidación bilateral entendiéndose, en estricto sentido, que la Cláusula 49 fue activada, pero, por su estructura, resultó inane e inaplicable, siendo por ello menester acudir a la cláusula general de equilibrio, contenida en la cláusula 41 de los Contratos.

Como se ha venido explicando, la cláusula 49 ya mencionada, si bien fue activada y cumplida por las partes durante la vigencia del contrato, resultó inaplicable en cuanto a su temporalidad y al agotamiento total del procedimiento descrito en su estipulación. En ese orden de ideas, se aceptará en forma parcial la excepción del Ministerio denominada "Imposibilidad de aplicación de cláusulas 46, 47 y 49 del Contrato de Concesión e incumplimiento de sus presupuestos por el Concesionario" en lo que atañe a la inaplicabilidad de la cláusula 49, mas no en lo que refiere al incumplimiento de los presupuestos por parte del Concesionario.

Corolario de lo anterior es que existe un derecho del contratista a obtener el restablecimiento del equilibrio, que el Tribunal fundamenta en la cláusula 41 común a todos los contratos y específicamente en la voluntad de los contratantes de equilibrarlos por cambios en la legislación tributaria. En el caso en examen, como se anotó, Efigás presentó durante la vigencia de los Contratos el estudio para aprobación del Ministerio y, este a su vez denegó el restablecimiento del equilibrio en el proyecto de acta de liquidación bilateral. En ese orden de ideas, se infiere que aunque la Cláusula 49 fue activada, por su estructura y temporalidad esta resultó inane e inaplicable, por lo cual es necesario acudir a la estipulación general de equilibrio, contenida en la cláusula 41 de los Contratos. De acuerdo con lo anterior, no puede entonces predicarse un incumplimiento del Ministerio al no haber desplegado las actividades tendientes a la aplicación de la cláusula 49 y, por las mismas consideraciones, tampoco encuentra prosperidad la pretensión de Efigás

encaminada a reclamar perjuicios por ese motivo. Sin embargo, se condenará al Ministerio a reparar los efectos sufridos por Efigás (Pretensión subsidiaria a la sexta principal) en virtud de lo señalado por la cláusula 41, que dispone que los contratos sean equilibrados por las modificaciones en la legislación tributaria. En consecuencia, se denegarán las pretensiones quinta y sexta principales del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada de Efigás y se accederá a las pretensiones, primera, segunda, tercera, cuarta (parcialmente), sexta subsidiaria y séptima.

En ese orden de ideas, está llamada a denegarse la excepción denominada "Preclusión de oportunidad para reclamar perjuicios por cambios en el régimen tributario".

De igual manera, frente a la excepción del Ministerio denominada "Ausencia de incumplimiento contractual por parte del Ministerio de Minas y Energía como causa del desequilibrio económico", habrá que denegarse en la medida que, como se ha señalado, se condenará al Ministerio en virtud de la obligación establecida en la cláusula 41 de los contrato de concesión.

Los valores correspondientes al restablecimiento del equilibrio económico para cada una de las áreas de servicio exclusivo tienen como fundamento las conclusiones del peritaje decretado de oficio por el Tribunal y rendido por ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A., con relación a las modificaciones tributarias que impactaron la ecuación financiera de los contratos. Tales cifras, para cada una de las áreas de servicio exclusivo, serán actualizadas a 30 de mayo de 2019, por ser esta fecha la del último índice de actualización que se encuentra disponible a la fecha de esta providencia, conforme se detalla a continuación.

Para el área de Caldas:

CALDAS		
CONCEPTO	VALOR HISTORICO	VALOR ACTUALIZADO
INCREMENTOS CARGA TRIBUTARIA		
IMPUESTO AL PATRIMONIO	1.436.624.000	1.586.304.102
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	2.437.344.069	2.544.840.599
TOTAL IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	3.873.968.069	4.131.144.701
BENEFICIOS CARGA TRIBUTARIA		
DEDUCCION POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS	-1.089.277.880	-1.229.237.744
IMPUESTO DE TIMBRE	-717.915.093	-762.549.461
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	-1.647.422.346	-1.733.633.028
DEDUCCIÓN GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	-257.596.594	-321.327.842
TOTAL IMPUESTOS QUE BENEFICIAN LA CARGA TRIBUTARIA	-3.712.211.913	-4.046.748.075
NETO IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	161.756.156	84.396.626

Esta cifra será actualizada al 30 mayo del 2019, de acuerdo con el último índice publicado por el DANE, conforme a la siguiente liquidación:

CALDAS		
CONCEPTO	VALOR HISTORICO	VALOR ACTUALIZADO MAYO/2019
INCREMENTOS CARGA TRIBUTARIA		
IMPUESTO AL PATRIMONIO	1.436.624.000	1.988.266.147
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	2.437.344.069	3.189.691.312
TOTAL IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	3.873.968.069	5.177.957.459
BENEFICIOS CARGA TRIBUTARIA		
DEDUCCION POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS	-1.089.277.880	-1.540.720.843
IMPUESTO DE TIMBRE	-717.915.093	-955.775.930
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	-1.647.422.346	-2.172.927.534
DEDUCCIÓN GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	-257.596.594	-402.750.815
TOTAL IMPUESTOS QUE BENEFICIAN LA CARGA TRIBUTARIA	-3.712.211.913	-5.072.175.123
NETO IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	161.756.156	105.782.336
FUENTE: INDICES SERIE DE EMPALME - DANE		

Para el área de Quindío:

QUINDIO		
CONCEPTO	VALOR HISTORICO	VALOR ACUMULADO
INCREMENTOS CARGA TRIBUTARIA		
IMPUESTO AL PATRIMONIO	3.019.986.440	3.257.340.090
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	1.182.672.028	1.338.323.838
IMPUESTO DE TIMBRE	144.815.397	214.909.395
SOBRETASA IMPUESTO SOBRE LA RENTA	83.158.800	104.346.023
IMPUESTO SEGURIDAD DEMOCRATICA	77.272.000	124.907.187
TOTAL IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	4.507.904.665	5.039.826.534
BENEFICIOS CARGA TRIBUTARIA		
DEDUCCION POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS	-1.281.982.276	-1.614.571.627
IMPUESTO DE TIMBRE	-434.556.767	-460.356.370
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	-2.022.528.596	-2.168.496.246
DEDUCCIÓN GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	-111.237.205	-113.399.324
TOTAL IMPUESTOS QUE BENEFICIAN LA CARGA TRIBUTARIA	-3.850.304.844	-4.356.823.568
NETO IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	657.599.821	683.002.966

Esta cifra será actualizada al 30 mayo del 2019, de acuerdo con el último índice publicado por el DANE, conforme a la siguiente liquidación:

QUINDIO		
CONCEPTO	VALOR HISTORICO	VALOR ACTUALIZADO MAYO/2019
INCREMENTOS CARGA TRIBUTARIA		
IMPUESTO AL PATRIMONIO	3.019.986.440	4.082.734.845
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	1.182.672.028	1.677.448.843
IMPUESTO DE TIMBRE	144.815.397	269.366.431
SOBRETASA IMPUESTO SOBRE LA RENTA	83.158.800	130.786.818
IMPUESTO SEGURIDAD DEMOCRATICA	77.272.000	156.558.085
TOTAL IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	4.507.904.665	6.316.895.022
BENEFICIOS CARGA TRIBUTARIA		
DEDUCCION POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS	-1.281.982.276	-2.023.696.531
IMPUESTO DE TIMBRE	-434.556.767	-577.008.523
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	-2.022.528.596	-2.717.983.059
DEDUCCIÓN GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	-111.237.205	-142.134.183
TOTAL IMPUESTOS QUE BENEFICIAN LA CARGA TRIBUTARIA	-3.850.304.844	-5.460.822.297
NETO IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	657.599.821	856.072.725
FUENTE: INDICES SERIE DE EMPALME - DANE		

Para el área de Risaralda:

RISARALDA		
CONCEPTO	VALOR HISTORICO	VALOR ACTUALIZADO
INCREMENTOS CARGA TRIBUTARIA		
IMPUESTO AL PATRIMONIO	3.461.328.624	3.713.445.534
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	1.308.704.487	1.390.632.079
IMPUESTO DE TIMBRE	91.454.917	119.929.929
SOBRETASA IMPUESTO SOBRE LA RENTA	49.433.700	62.982.714
TOTAL IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	4.910.921.728	5.286.990.257
BENEFICIOS CARGA TRIBUTARIA		
DEDUCCION POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS	-1.023.618.378	-1.215.417.047
IMPUESTO DE TIMBRE	-475.896.135	-504.374.238
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	-2.563.564.890	-2.733.809.453
DEDUCCIÓN GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	-152.913.155	-157.981.567
TOTAL IMPUESTOS QUE BENEFICIAN LA CARGA TRIBUTARIA	-4.215.992.558	-4.611.582.305
NETO IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	694.929.170	675.407.952

Esta cifra será actualizada al 30 mayo del 2019, de acuerdo con el último índice publicado por el DANE, conforme a la siguiente liquidación:

R I S A R A L D A		
CONCEPTO	VALOR HISTORICO	VALOR ACTUALIZADO
INCREMENTOS CARGA TRIBUTARIA		
IMPUESTO AL PATRIMONIO	3.461.328.624	4.654.415.276
GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	1.308.704.487	1.743.011.748
IMPUESTO DE TIMBRE	91.454.917	150.319.613
SOBRETASA IMPUESTO SOBRE LA RENTA	49.433.700	78.942.240
TOTAL IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	4.910.921.728	6.626.688.877
BENEFICIOS CARGA TRIBUTARIA		
DEDUCCION POR INVERSION EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS	-1.023.618.378	-1.523.398.046
IMPUESTO DE TIMBRE	-475.896.135	-632.180.312
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	-2.563.564.890	-3.426.543.991
DEDUCCION GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS	-152.913.155	-198.013.357
TOTAL IMPUESTOS QUE BENEFICIAN LA CARGA TRIBUTARIA	-4.215.992.558	-5.780.135.707
NETO IMPUESTOS QUE INCREMENTAN LA CARGA TRIBUTARIA	694.929.170	846.553.170
FUENTE: INDICES SERIE DE EMPALME - DANE		

7. Compensación

Los ordenamientos privados universales, entre los que se cuenta el Código Civil colombiano -artículo 1714- incluyen la compensación como uno de los modos de extinguir las obligaciones, con la siguiente identificación: cuando dos personas (mejor partes) son deudoras unas de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos a explicarse, y complementándose con el artículo 1715 *ibídem*: i. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; ii. Que ambas deudas sean líquidas; iii. Que ambas sean actualmente exigibles.

Además, para que haya lugar a la compensación, se precisa que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Es cierto que la expresión compensación, que varias veces menciona la parte convocada e incluso la convocante, no corresponde al evento legal regulado en el Código Civil, al no colmarse los supuestos de la figura extintora de obligaciones.

Como ya se ha dicho, el contrato de concesión objeto de este debate arbitral es de naturaleza estatal, que no impide la aplicación de la compensación en los casos que concurrieran los enunciados de ley.

Solicita la convocada que se tenga en cuenta, en este debate arbitral, la compensación, aduciendo: *"En el remoto evento que se determine que el MINISTERIO debe restablecer el equilibrio económico por las mayores cargas tributarias posteriores a la celebración de los contratos de concesión, debe procederse a compensar dichas cargas con los correlativos beneficios que también en esta materia aliviaron la carga del Concesionario durante la vigencia del contrato, frente a las revisiones iniciales"*.

Y agrega, de acuerdo con lo establecido en varios apartes del Laudo Arbitral de 10 de febrero de 2012, que para establecer la verdadera afectación o impacto real, por aumento en la carga tributaria, es incuestionable que se verifiquen los incrementos con las disminuciones o ventajas obtenidas en materia tributaria: *"Así las cosas, como existen sumas de dinero que el Concesionario obtiene a su favor por concepto de los cambios tributarios, al enfrentarse con las mayores cargas tributarias, se tiene como resultado que se producen más beneficios que detrimentos económicos, sin que implique que existan créditos y deudas a favor de los contratantes"*.

Para invocar luego: *"Teniendo en cuenta lo anterior es claro que debe declararse probada la excepción de compensación y correlativas pretensiones asociadas, CUARTA O SU SUBSIDIARIA contenidas en las*

reformas a las demandas de reconvención: CUARTA. En el evento que no prosperen las pretensiones primera, segunda y tercera anteriores y que el MINISTERIO sea condenado a pagar cualquier suma de dinero a EFIGAS se compensen dichos valores con los beneficios obtenidos por la demanda de reconvención...”.

A su vez, el Concesionario en el alegato final se pronunció, después de comentar sobre las distintas formas de compensación, en los siguientes términos:

“ (...) El hecho de que la Entidad Estatal Concedente que en este caso formula la Demanda de Reconvención, esto es el Ministerio de Minas y Energía, hubiere recurrido a esta vía procesal para ventilar la Compensación, comporta el reconocimiento de que no confluyen en la situación sub examine las condiciones determinantes de las compensaciones legal, voluntaria o facultativa; y en cualquier caso resulta improcedente o inatendible en la medida en que la compensación judicial solo puede proponerla quien detenta la calidad del acreedor del contrademandado.

En las excepciones interpuestas en contra de la Demanda de Reconvención, además de haber puesto de presente los diversos defectos que imposibilitan su prosperidad, de entre los cuales resalta la extemporaneidad de dicha actuación, comoquiera que a su ejercicio procedió la entidad Estatal Convocada después de que operó el fenómeno de caducidad respecto de la acción que infructuosamente quiso poner en marcha a través de sus aludidas Contra-Demandas, también se ha demostrado ya como EFIGAS S.A. E.S.P., nada adeuda a la Entidad Estatal Convocada y Demandante en Reconvención, y menos por concepto de

impuestos para cuyo cobro y recaudo aquella carece por completo de competencia o legitimidad y, por ende, de funciones y de poder para ello.

Tal como ya se expresó, el Ministerio de Minas y Energía, al igual que cualquier otra autoridad pública no puede arrogarse la condición de acreedor de impuestos y menos si se trata de tributos que han sido derogados y, por tanto, desprovistos del respaldo del principio de representación democrática que constituye la base del principio de legalidad connatural a la tributación, o que han sido reducidos –en la parte que fue objeto del alivio fiscal– ni mucho menos por el monto de las exenciones que fueron descontadas por el contribuyente, al haber efectuado la actividad que el propio Estado se propuso fomentar e incentivar, conducta que constituye la única contraprestación a la cual el legislador y por ende el Estado supeditó la adopción del descuento respectivo.

Es claro que ni a través de una sentencia y menos mediante un acto administrativo pueden ser desconocidos los efectos benéficos (para la sociedad o la actividad económica principalmente y solo de rebote para el contribuyente) que el propio legislador se propuso inducir o reconocer.

El carácter propio de la sentencia estimatoria de una petición de compensación reconvencional, constitutivo como se anotó, y la consecuente necesidad previa de que el operador de justicia no solo encuentre configurada la obligación cuyo reconocimiento impetra el promotor de la demanda de mutua petición, sino además que deba liquidarla, pone de relieve el insuperable contrasentido en que por su propia, ilegal y contradictoria

conducta se ha ubicado el Ministerio de Minas y Energía, Entidad que por un lado dictó unos Actos Administrativos encaminados a producir la liquidación unilateral y definitiva –aunque ilegal– de los Contratos de Concesión Especial que vincularon a las Partes –de la cual se desprendería el carácter líquido de la deuda–, y simultáneamente, sin impugnar su validez y legalidad -pero naturalmente evidenciando que ni siquiera esa misma Entidad cree en la validez de sus propios Actos Administrativos-, comparece ahora ante el Tribunal de Arbitramento para solicitarle que nuevamente liquide lo que supuestamente el Estado ya hizo y debía tenerse por tal (...)”⁵⁷

Además, argumenta la convocante, a manera de conclusión en el alegato final:

“Por tanto, nada debe el Concesionario por concepto del presunto restablecimiento contractual que ha invocado en su favor el Ministerio de Minas y Energía, y por el contrario, ese Ministerio sí debe al Concesionario, a título del referido restablecimiento económico del Contrato, el valor por los detrimentos patrimoniales que le produjo el aumento de la carga impositiva medido respecto del estado de la normatividad fiscal vigente al momento de presentar la propuesta que dio lugar a la celebración de los correspondientes Contrato de Concesión”⁵⁸.

La prestación surgida a favor de una de las partes de un contrato, con contenido crediticio, no puede enfrentarse a la del otro contratante que no cuente a su favor con un crédito a confrontar. Las deudas deben ser líquidas, como prevé el artículo 1715-2 del Código Civil, o sea, según el Código General del Proceso artículo 424: *“Entiéndase por cantidad*

⁵⁷ Folios 125 y 126 del Cuaderno Principal No. 4.

⁵⁸ Folio 130 *ibídem*.

líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas”.

Si la convocante reclama se restablezca el equilibrio económico del contrato, derivado de operaciones tributarias nacidas durante la vigencia del contrato de concesión, su calidad de acreedor se concreta en el momento que llegare a adquirir firmeza su reconocimiento, esto es, convertido en crédito habilitante para ser admitido como tal contra la entidad convocada. Empero, si en el otro extremo de la confrontación no se cuenta con respaldo prestacional legalmente líquido y exigible no puede operar compensación alguna.

Ciertamente, la exigibilidad de las deudas a compensarse debe ser indiscutible y simultánea, conforme lo dispuesto en el mencionado artículo 1714 de modo que produzca efecto sustancial extintor; esto es, si una deuda colma todas las condiciones de exigibilidad y de liquidez y la otra no, la compensación no procede, por lo cual cada acreedor mantiene sus supuestos derechos en ese momento existente.

La situación compensatoria que se plantea en este debate arbitral, permite sostener, como resultado de este proceso, el reconocimiento de un crédito a favor de la parte demandante que ha de imprimir luego su exigibilidad, desde el momento de resultar probadas determinadas obligaciones a cargo de la convocada pero no de la convocante.

Puestas las cosas en ese escenario, el Tribunal concluye que no se puede aplicar, en este asunto, la compensación como modo extintivo de obligaciones, por la potísima razón de la inexistencia de deudas y créditos entre sí de las partes, convocante y convocada, que permitan apoyar, recíprocamente, valores en dinero o cosa fungibles en favor y en contra, como partes contratantes.

El Tribunal reitera, entonces, que no hay cabida, en esta controversia arbitral, la figura de la compensación. No obstante lo señalado en precedencia, en el caso en examen, bajo el concepto de cambios en la legislación tributaria que efectivamente existieron en los periodos a que hace referencia la controversia, debe incluirse tanto las modificaciones acaecidas por aumentos en las cargas tributarias como las disminuciones en la carga tributaria del Concesionario, siendo fundamental señalar que para el propósito de equilibrar económicamente los Contratos por la razón que en este capítulo se estudia; se hace menester observar el verdadero impacto causado en la economía contractual de EFIGAS, razón por la cual se impone un análisis integral de lo ocurrido por razón de los cambios en los impuestos en orden a definir la magnitud de la ruptura de la ecuación teniendo en cuenta tanto las modificaciones tributarias negativas a cargo de EFIGAS como los cambios que lo beneficiaron, siendo procedente realizar un cruce entre unos y otros en punto a definir, como se dijo, el impacto real que tuvieron las modificaciones en el régimen tributario en la economía del Concesionario. Así las cosas, habría que reconocer a favor de este los valores que lo afectaron luego de producirse un cruce entre los beneficios y los cambios negativos.

Queda probado en el expediente la existencia de beneficios en la carga tributaria que influyen necesariamente en el cruce de cuentas. El Tribunal debe tener en consideración los beneficios tributarios obtenidos por la convocante, con el alcance que se muestra en el dictamen pericial de Íntegra, siendo necesario cruzar los beneficios con los incrementos que se produjeron.

Anótese, con todo, que el Ministerio no podía haberse beneficiado por una disminución de los impuestos a cargo de Efigás en razón a que, "el valor" del ahorro no se constituye en un recurso propio de la entidad.

En suma, no se puede admitir que los denominados beneficios tributarios son créditos a favor de algunos de los contratantes que den motivo para apreciarlos, para compensar, como medio extintivo de obligaciones. Sencillamente, se insiste, son valores que integran las operaciones o actividades tributarias entre las partes, en desarrollo de los contratos de concesión.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal denegará la excepción denominada "Compensación entre beneficios tributarios percibidos por el Concesionario y los efectos negativos de las modificaciones legales tributarias y técnicas".

8. Las pretensiones primera y segunda anulatorias principales

Parte del debate que ha sido puesto a consideración del Tribunal, hace referencia a la legalidad de los actos administrativos de liquidación unilateral expedidos por el Ministerio de Minas y Energía.

A tales efectos, obra en el expediente prueba de que la entidad convocada, emitió las siguientes resoluciones:

1. Resolución No. 40616 del 23 de junio de 2016 "Por la cual se liquida unilateralmente 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 Quindío". Contra esta resolución fue radicado el 26 de julio de 2016 recurso de reposición por parte de la convocante, el cual fue rechazado por el Ministerio de Minas y Energía al considerarlo extemporáneo, según Resolución 40959 del 6 de octubre de 2016 "Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la

Resolución 40616 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Quindío”.⁵⁹

2. Resolución No. 40617 del 23 de junio de 2016 “Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas”. Contra esta resolución fue radicado el 26 de julio de 2016 recurso de reposición por parte de la convocante, el cual fue rechazado por el Ministerio de Minas y Energía al considerarlo extemporáneo, según Resolución 40958 del 6 de octubre de 2016 “Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 40617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Caldas”.⁶⁰

3. Resolución No. 40620 del 23 de junio de 2016 “Por la cual se liquida unilateralmente 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”. Contra esta resolución fue radicado el 26 de julio de 2016 recurso de reposición por parte de la convocante, el cual fue rechazado por el Ministerio de Minas y Energía al considerarlo

⁵⁹ Folios 179 a 195 del Cuaderno Principal No. 2

⁶⁰ Folios 502 a 532 del Cuaderno Principal No. 1.

extemporáneo, según Resolución 40957 del 6 de octubre de 2016 “Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 40620 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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.”⁶¹

Las posturas disímiles de las partes se centran en la legalidad o ilegalidad de las citadas resoluciones. Mientras la convocante solicita al Tribunal, se declare la nulidad de las resoluciones fundamentada en las causales de (i) Violación de las normas superiores en las cuales debían haberse fundado; (ii) Falta de competencia, (iii) Desviación de poder y (iv) Falsa motivación; la convocada considera que estaba facultada para liquidar unilateralmente los citados contratos, en la medida que no se trata en este caso de una facultad exorbitante y que no se pudo llevar a cabo la liquidación bilateral de los mismos.

En materia de liquidación, las partes acordaron idénticas cláusulas para los tres contratos materia de la controversia. Así se lee en la cláusula 61 común a todos los contratos:

"CLAUSULA 61. PLAZOS Y PROCEDIMIENTO

Este contrato será liquidado en un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la terminación de su ejecución, con base en la contabilidad debidamente auditada que el CONCESIONARIO debe llevar sobre los negocios desarrollados dentro del área de servicio exclusivo, la información permanente al INTERVENTOR y los documentos firmados por las partes durante su ejecución. El

⁶¹ Folios 391 a 421 del Cuaderno Principal No. 1.

INTERVENTOR representará al CONCEDENTE en impulsar la liquidación, sin perjuicio de las facultades del representante legal del CONCEDENTE.

En el acta de liquidación se hará constar el estado de las obligaciones de las partes y la forma como se dará cumplimiento a ellas en caso de existir obligaciones pendientes. Las partes dejarán constancia en el acta de liquidación de las reclamaciones que existan entre ellas por causa de, o durante la ejecución del contrato.

Cuando de conformidad con el contrato se hayan prorrogado los plazos para la iniciación de la prestación del servicio o la ejecución de las obligaciones en relación con algunos municipios, se podrá liquidar parcialmente el contrato sin perjuicio de la liquidación final del mismo.

Para la liquidación se exigirá al CONCESIONARIO la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía de cumplimiento de las obligaciones, la responsabilidad civil, el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y, en general, para asegurar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la liquidación.

Si el CONCESIONARIO no se aviene a liquidar el contrato, la liquidación la efectuará el CONCEDENTE y enviará copia de la liquidación a la última dirección registrada del CONCESIONARIO; si dentro del mes siguiente al envío de esta comunicación por correo certificado el CONCESIONARIO no formula por escrito sus reparos al acta de liquidación, se entenderá aceptada por éste...⁶²

⁶² En igual sentido e idéntica redacción pueden leerse las cláusulas 61 de los contratos de las áreas de Caldas y Risaralda.

Analizada la citada cláusula queda claro que las partes pactaron, siguiendo las reglas del derecho privado, la forma y tiempos de liquidación de los contratos. En desarrollo de la misma, se señaló un término común de hasta seis meses contado a partir de la terminación de la ejecución contractual, con una primera etapa de liquidación bilateral parcial y/o definitiva, y con una posterior en caso de que el Concesionario no se aviniera a liquidar el contrato, en donde se señaló una liquidación unilateral, sin acto administrativo, ni recurso de reposición.

Tal como ha sido señalado por el Tribunal, el régimen legal del contrato no es el establecido en la Ley 80 de 1993. Si bien es cierto se trata de un contrato estatal por la naturaleza orgánica de una de las partes, el régimen aplicable a este tipo de contratos es el relacionado en la ley 142 de 1994.

Ahora bien, cabe preguntarse si existía competencia por parte del Ministerio de Minas y Energía para liquidar unilateralmente los contratos de concesión mediante acto administrativo motivado, y por fuera de lo señalado en la cláusula 61 común a los tres contratos.

Es cierto que ha existido una corriente pacífica sobre la viabilidad de pactar siguiendo las pautas del derecho privado en contratos propios de los servicios públicos domiciliarios la liquidación bilateral; a *contrario sensu*, ha sido poco pacífico el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la posibilidad de liquidar unilateralmente contratos de este tipo. Al respecto se han señalado dos posturas:

Una primera postura sostiene la viabilidad de liquidar bilateralmente un contrato estatal regido por las normas del derecho privado, siempre y cuando exista pacto contractual expreso. Sin embargo, repara la

posibilidad de su liquidación unilateral, en la medida que es un tema de reserva legal, donde el derecho civil y comercial no otorga tal facultad.

Por ejemplo, en sentencia del 26 de junio de 2015 señaló:

*"No puede pasarse por alto que la entidad demandada se encontraba sometida al derecho privado y especialmente a la Ley 142 de 1994, en tanto Empresa Industrial y Comercial del Estado y luego de Servicios Públicos Domiciliarios, por lo que es claro que no contaba con la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, pues dicha atribución concierne a una facultad no prevista por el legislador en materia de contratos privados. Sin perjuicio que aunque las partes podían convenir lo relativo al trámite de liquidación, en el contrato de marras no se acordó dicha etapa, por lo que resulta palmaria la nulidad del oficio n.º 11180000-001902 de 12 de septiembre de 2000, del acto de liquidación y de la resolución n.º 11180000-01379 de 13 de diciembre de 2002, mediante la cual el Vicepresidente de CAPITEL DE LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-TELECOM negó el restablecimiento del equilibrio contractual. En ese orden se declarara la nulidad de los actos demandados, en cuanto la entidad por sí y ante sí, realizó unilateralmente el balance contractual, haciendo uso de una facultad no prevista por la ley, cuya decisión final contiene un saldo a favor de la entidad demandada. En resumen se declarara la nulidad de los actos acusados, pero se negarán las demás súplicas de la demanda..."*⁶³

En igual sentido:

"Establecido lo anterior, para la Sala conviene reiterar en esta

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Expediente 34367.

oportunidad la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

"Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

"Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado"⁶⁴ (Se destaca)

Una segunda, que señala la viabilidad de liquidarlo unilateralmente, siempre que haya sido convenido por las partes, que no vaya en contra

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, postura reiterada recientemente por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en decisión del 14 de octubre de 2015, proferida dentro del expediente número 48502.

de normas de carácter imperativo y que no se afecte la prestación de los servicios públicos o el cumplimiento de los fines estatales.

“Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo⁶⁵, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general...”⁶⁶

No encuentra el Tribunal razón alguna para desestimar el contenido de la cláusula pactada válidamente por las partes en aplicación de la autonomía de la voluntad privada. En ella expresamente señalaron *“Si el CONCESIONARIO no se aviene a liquidar el contrato, la liquidación la efectuará el CONCEDENTE y enviará copia de la liquidación a la última dirección registrada del CONCESIONARIO; si dentro del mes siguiente al*

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 17 de octubre de 2012, Expediente: 22.220.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Expediente 56939

envío de esta comunicación por correo certificado el CONCESIONARIO no formula por escrito sus reparos al acta de liquidación, se entenderá aceptada por éste”.

En efecto, ninguna de las partes demandó la nulidad de la cláusula 61, en lo referente al procedimiento allí pactado para la liquidación unilateral del contrato, en defecto de la liquidación bilateral del mismo.

Por el contrario, está demostrado que existieron proyectos de liquidación bilateral de los contratos, en donde resulta evidente que hubo disposición de ambas partes, en dar cumplimiento a la cláusula pactada. En desarrollo de lo allí establecido, debió el Ministerio seguir el procedimiento de liquidación unilateral pactado.

Lo que no puede sostenerse es que exista una habilitación por parte del Ministerio de Minas y Energía para emitir un acto administrativo de carácter unilateral, en la medida en que no se aplican las reglas de liquidación de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Por el contrario, se reguló bajo la voluntad de las partes que suscribieron el contrato, un procedimiento privado para la citada liquidación.

Tampoco puede predicarse una habilitación dada por la remisión que en cuanto a cláusulas excepcionales al derecho común se hace en este tipo de contratos, en la medida que la liquidación unilateral del contrato, no obedece a una cláusula de esa especie⁶⁷. Es clara la postura jurisprudencial en esta materia:

“(…) La Ley 1563 de 2012 consagró la competencia de los Tribunales de Arbitramento para dirimir las controversias referidas a la liquidación del contrato estatal, sin distinguir el tipo o contenido de la controversia, según se lee en el artículo primero,

⁶⁷ La liquidación unilateral bajo ley 80 de 1993 no está señalada dentro de las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14.

lo cual se une a que el acto de liquidación unilateral no se encuentra dentro de aquellos que la ley enumera bajo las cláusulas excepcionales contenidas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Acerca de este punto considera la Sala que continúa siendo aplicable la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que los actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son los únicos actos contractuales cuya anulación no puede ser declarada por la jurisdicción arbitral. En este orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal de Arbitramento sí tiene competencia para anular, total o parcialmente, el acto de liquidación unilateral del contrato, en la medida que sobre ello verse la controversia sometida a la jurisdicción arbitral. Ahora bien, en el caso concreto de la liquidación se debe tener en cuenta que el estatuto de arbitraje contenido en la Ley 1563 de 2012 otorgó competencia para conocer de las diferencias sobre asuntos de libre disposición y sin duda, las partidas financieras de la liquidación del contrato estatal son de aquellos asuntos, en cuanto pueden ser objeto de consenso, si se tiene en cuenta que precisamente el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se refiere a la liquidación bilateral, como primera opción de liquidación del contrato estatal sometido a ella. Por ello, la Sala concluye que el Tribunal de Arbitramento sí tiene competencia para anular el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, con fundamento en la violación de la ley o del contrato, por ejemplo, por razón del desconocimiento de las

sumas que han debido incluirse a favor del contratista, de acuerdo con el servicio prestado en la ejecución del respectivo contrato...”⁶⁸

En ese orden de ideas, no existía competencia⁶⁹ por parte del Ministerio de Minas y Energía para emitir las resoluciones demandadas, por lo que el Tribunal declarará su nulidad.

Probada como está la falta de competencia de la convocada para emitir los actos administrativos de liquidación unilateral de los contratos, no encuentra el Tribunal necesario analizar las demás causales invocadas por la convocante.

Ahora bien, de todas maneras estima conveniente precisar que la nulidad que aquí se decretará encuentra su sustento en una clara falta de competencia del concedente para emitir este tipo de actos administrativos, y no en razón de la causal referente a la desviación de poder, también alegada por la convocante, y que finalmente terminan excluyéndose entre sí, en la medida en que para que exista desviación de poder debe existir una previa competencia.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de agosto de 2016.

⁶⁹ Al respecto ha señalado el Consejo de Estado: “... La doctrina nacional, al estudiar la competencia u órgano competente como elemento de validez del acto administrativo, esto es, como presupuesto de regularidad jurídica de dicha manifestación estatal, la ha definido desde dos puntos de vista: uno activo y otro pasivo. Según el punto de vista activo, la competencia es la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas. Desde una perspectiva pasiva, es el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos. La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido. Es la situación inversa de la capacidad propia de los particulares, en cuanto estos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. Es una consecuencia de la limitación del poder público que surgió con el Estado de Derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder. La competencia, como regla última para la distribución y delimitación material de la autoridad estatal y de la consecuente responsabilidad, está implícita en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política y, en lo que tiene que ver con las actuaciones administrativas, en los artículos 31, 33 y 84 del C.C.A., principalmente.” Sección Primera. Sentencia del 18 de julio de 2012. Expediente 2007 – 00345 - 01

En tal sentido, el Tribunal declarará la prosperidad de las pretensiones "PRIMERA ANULATORIA PRINCIPAL" y "SEGUNDA ANULATORIA PRINCIPAL" de la demanda principal reformada, razón por la cual no se pronunciará respecto de las respectivas pretensiones subsidiarias.

Por las mismas consideraciones, se declarará infundada la excepción del Ministerio enderezada a sostener la validez y legalidad de los actos administrativos de liquidación y de los actos administrativos confirmatorios de aquellos.

9. Las pretensiones primera principal, segunda principal, tercera principal, cuarta principal y quinta principal del numeral 6.5. de la demanda reformada

En relación con las pretensiones primera principal y segunda principal del numeral 6.5. de la demanda reformada, el Tribunal no cuenta con elementos de juicio, ni pruebas suficientes dentro del expediente que le permitan declarar que no existen obligaciones pendientes por cumplir a cargo de las partes, por concepto de los contratos de concesión. En consecuencia, tampoco le es posible al Tribunal declarar liquidados los contratos por cuanto, se reitera, en las condiciones descritas, no tiene la información completa, ni los parámetros necesarios para "declarar liquidados" los contratos, en los términos de la pretensión segunda principal.

Por lo anterior, se negarán las pretensiones primera principal y segunda principal del numeral 6.5. de la demanda reformada.

En cuanto a la pretensión tercera principal del numeral 6.5. de la demanda reformada, por tratarse de reglas contenidas en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo que deben ser observadas, se accederá a lo pedido en dicha súplica. En ese orden de ideas, no hay lugar a estudiar la pretensión subsidiaria.

Respecto de la pretensión cuarta principal del numeral 6.5. de la demanda reformada, el Tribunal se remite al acápite correspondiente de este laudo, en el que se resuelve lo relativo a las costas y agencias en derecho.

En lo que atañe a la pretensión quinta principal del numeral 6.5. de la demanda reformada, conforme se expuso en los acápites pertinentes de este laudo, las condenas que se impondrán se encuentran actualizadas al 30 de mayo de 2019, por ser esta la fecha del último índice publicado por el DANE. No se accederá al reconocimiento de intereses comerciales por cuanto la obligación del Ministerio de pagar las cifras que se liquidan en el laudo surge con esta providencia. En ese orden de cosas, esta pretensión prospera en forma parcial.

10. “Excepción de caducidad de la acción o del medio de control judicial relativo a controversias contractuales” propuesta por Efigás

Del análisis del expediente y la cronología de los hechos es claro que durante la ejecución de los Contratos estuvieron vigentes tanto el Código Contencioso Administrativo como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que, aunque tienen un contenido similar, estima el Tribunal necesario definir cuál de las normas aplicará para efectos de la caducidad de la demanda principal reformada y de la demanda de reconvención formulada por la convocada, según sendos escritos presentados por los apoderados de las partes.

Aprueba el Tribunal que las normas que regulan o definen los términos de caducidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa son claramente disposiciones de carácter procesal y, por tanto, de aplicación general e inmediata a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en virtud del cual: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*. A su turno, el artículo 38 del mencionado cuerpo normativo indica lo siguiente: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”*.

En tal virtud, la norma que se tendrá en cuenta para efectos de determinar si el medio de control con base en la cual se presentaron la demanda reformada y la demanda de reconvención se encuentra caducado es el artículo 164 del CPACA.

En el presente caso, se hace menester analizar el contenido de la cláusula 8 de los Contratos que establece que la ejecución de dichos negocios jurídicos inicia con su perfeccionamiento y finaliza el 30 de junio de 2014, mientras que su vigencia perdura hasta su liquidación final *“(…) que deberá realizarse a más tardar el 31 de diciembre del año 2014 (…)*”. A su vez, la cláusula 61 citada, referida a plazos y procedimientos para la liquidación de los Contratos prevé, en armonía con la anterior cláusula, que los acuerdos de voluntades serán liquidados *“(…) en un plazo máximo de seis meses, contados a partir de*

la terminación de su ejecución (...)". De igual manera, esta misma previsión contractual indica que si el CONCESIONARIO no se aviene a liquidar el contrato, la liquidación la efectuará por el CONCEDENTE y enviará copia de la liquidación a EFIGAS, estatuyendo igualmente que si dentro del mes siguiente al envío de esta comunicación, el CONCESIONARIO no formula por escrito sus reparos al acta de liquidación se entenderá aceptada por éste, consagración que está en armonía con la cláusula 8 y la primera parte de la cláusula 61, por lo que la liquidación final, por voluntad de las partes, encontraba su fecha límite el 31 de diciembre de 2014.

En este orden de ideas, por tratarse de un contrato estatal sometido al régimen de derecho privado y no de la Ley 80 de 1993, y en razón de la cláusula de liquidación pactada entre las partes que hace suya la obligatoriedad de la liquidación, este Tribunal se remitirá a las previsiones consignadas en la letra j) del numeral 2) del artículo 164 CPACA, el cual establece que:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada (...) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento (...)"

Teniendo en cuenta lo previamente señalado, el término de caducidad del medio de control relativo a controversias contractuales venció el 1 de enero de 2017, contado a partir del día siguiente al 31 de diciembre de 2014. Así las cosas y en vista de que la demanda de reconvención fue presentada el 6 de julio de 2017, es de concluir que para esa fecha ya había operado la caducidad del medio de control relativo a controversias contractuales.

Lo anterior se fundamenta igualmente en lo desarrollado en acápite anteriores en los que el Tribunal determinó que la liquidación unilateral contenida en las Resoluciones No. 40620 (Área de Caldas), No. 40957 (Área de Risaralda) y No. 40616 (Área de Quindío) proferidas el 23 de junio de 2016, confirmadas respectivamente por las Resoluciones No. 40958, No. 40957 y No. 40959 de 6 de octubre de 2016, son nulas por falta de competencia de la entidad estatal concedente. Por consiguiente, el término de caducidad no se cuenta desde la ejecutoria de los actos administrativos de liquidación unilateral, vale decir desde el 19 de octubre de 2016 –fecha en la que se resolvieron y notificaron las resoluciones que decidieron acerca de los recursos de reposición– quedando ejecutoriadas las Resoluciones en cuestión, sino que se cuenta a partir del 1 de enero de 2015.

Ahora bien, en lo atinente a lo expresado por el MINISTERIO en sus alegatos de conclusión, según lo cual:

“(...) En el remoto evento de llegarse a considerar que en el presente asunto ha operado la caducidad de la acción para impetrar las pretensiones de las demandas de reconvención, ello determinaría que también caducaron las nuevas pretensiones que la Convocante incluyó en su reforma de demanda mediante escrito del 25 de septiembre de 2017, fecha posterior a la de la presentación de las demandas de reconvención del MINISTERIO y un solo día antes de la presentación de las reformas de las demandas de reconvención. En efecto, todos los argumentos que esgrimió la Convocante para sustentar la caducidad de las acción contractual ejercida a través de las demandas de reconvención y sus reformas, son aplicables a las nuevas pretensiones que incluyó EFIGAS en su reforma de la demanda, máxime cuando estas pretensiones son las que incluyen

*por primera vez la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se liquidaron los Contratos de Concesión (...)*⁷⁰.

Este argumento no es de recibo teniendo en cuenta que la convocante presentó en término la demanda principal que, con posterioridad, bajo las reglas de la Ley 1563 de 2012, fue reformada también en término. Las pretensiones adicionales y los hechos en que ellas se fundamentan, obedecieron a los actos administrativos de liquidación unilateral cuya nulidad será decretada por los motivos previamente establecidos, que fueron expedidos con posterioridad a la presentación de la demanda principal. En ese orden de ideas, es claro para el Tribunal que la caducidad opera respecto al medio de control que se ejerza, teniendo en cuenta, en todo caso, el contenido material de la pretensión, para efectos del cómputo del término de caducidad. Así, los actos administrativos que motivaron las pretensiones que fueron introducidas quedaron en firme, se repite, el 19 de octubre de 2016, por lo que es a partir de esa fecha que debe contarse el término de caducidad. En este sentido, por ser actos administrativos de carácter contractual, el término de caducidad es dos años de conformidad con el artículo 164 del CPACA (numeral 2, literal j), previamente citado, por lo que puede concluirse que la reforma a la demanda fue presentada dentro del término de los dos años, esto es, el 25 de septiembre de 2017.

En suma, por las razones expuestas, se reconocerá fundamento a la “Excepción de caducidad de la acción o del medio de control judicial relativo a controversias contractuales” propuesta por Efigás y, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda de reconvención reformada. De igual manera, en la medida en que se encuentra probada la excepción de caducidad, que conduce a negar las pretensiones de la demanda de reconvención del Ministerio, con arreglo

⁷⁰ Folio 321 del Cuaderno Principal No. 4.

al artículo 282 del Código General del Proceso, no hay lugar a examinar las demás excepciones propuestas por Efigás frente a la referida reconvención.

11. Los desequilibrios por cambios en la normatividad técnica

En el escrito de reforma de demanda, se solicita por la convocante el reconocimiento económico que en su criterio debe realizarse por cambios normativos derivados de la expedición de las Resoluciones No. 14471 del 14 de mayo de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio, y No.100 de 2003 de la CREG.

En lo que respecta a la Resolución de la SIC, el debate se centra en las modificaciones que, en concepto de la Convocante, se dieron en las condiciones de idoneidad y calidad de instalaciones para el suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales. Para ello, sustenta las citadas variaciones en los cambios normativos que la Resolución No. 14471 introdujo frente a la Resolución No. 067 de 1995, vigente a la fecha de presentación de la oferta por parte de Efigás. La citada resolución hace referencia a requisitos mínimos de idoneidad y calidad que se deben cumplir para la proyección, construcción, ampliación, reforma o revisión de las instalaciones requeridas para el suministro de gas combustible en edificaciones residenciales y comerciales.

Señala la parte convocante en sus alegatos que:

*“(...) Con la entrada en vigor de la citada Resolución, **se modificó el procedimiento de puesta en servicio de las instalaciones para el suministro de gas combustible** y, concretamente, se dispuso la realización de pruebas, ensayos y verificaciones*

*adicionales que requerían de la utilización de equipos especiales, así como la obligatoriedad de que éstas fuesen efectuadas por personal calificado a cargo de un organismo de certificación acreditado (...)*⁷¹.

Por su parte y en lo atinente a la Resolución No. 100 de 2003 de la CREG, sustenta la convocante el desequilibrio presentado en que la resolución en comento introdujo modificaciones a los estándares de calidad en el servicio público domiciliario de gas natural y GLP en sistemas de distribución por redes de tubería. En tal sentido, señala que, por medio de la resolución citada en precedencia, modificada por las Resoluciones No. 9 de 2005 y No. 5 de 2006, se adoptaron variaciones al régimen jurídico aplicable a Efigás en relación con la operación de su actividad de distribución de gas combustible y se establecieron los parámetros de cumplimiento de los siguientes estándares de calidad encaminados a regir la prestación del servicio público domiciliario por parte de la convocante y que debían ser reportados a las autoridades competentes: (i) Índice de Presión en Líneas Individuales –IPLI; (ii) -Índice de Odorización –IO-; (iii) Duración Equivalente de Interrupción del Servicio –DES- y (iv) Índice de Respuesta a Servicio Técnico –IRST-.

Al respecto, la Convocada considera que los reconocimientos solicitados en sede del Tribunal son improcedentes por cuanto los cambios normativos eran previsibles y nunca se presentaron las reclamaciones en materia técnica en vigencia de los Contratos de Concesión, en los siguientes términos: “(...) *Quedó demostrado en el expediente que **EFIGAS** jamás reclamó en vigencia de los contratos de concesión por esos cambios técnicos, que se dieron 14 años atrás, ni presentó comunicaciones o solicitudes a la CREG sobre esos efectos de los*

⁷¹ Folios 179 y 180 del Cuaderno Principal No. 4.

cambios normativos en materia técnica (...)”⁷², a lo que adicionó que: “(...) Solo hasta la etapa de liquidación bilateral del contrato de concesión EFIGAS realiza un a solicitud (sic) de restablecimiento en dicho sentido, omitiendo el procedimiento señalado en la cláusula para su procedencia y esperando más de 14 años para ello (...)”⁷³

Encuentra el Tribunal que las partes coinciden en que el debate planteado se sustenta en la aplicación de las cláusulas 46 y 47 del Contrato:

“CLÁUSULA 46. FACTOR DE AJUSTE POR CAMBIO EN LA NORMATIVIDAD TECNICA RELATIVA A LA INVERSION.

Cuando durante la vigencia del contrato las normas técnicas aplicables, o las condiciones técnicas pactadas en el contrato varíen tal manera que el CONCESIONARIO, como efecto neto de la nueva regulación deba asumir nuevos costos de inversión no previstos en el plan de expansión, el factor de ajuste X_{e3} del D_t de la fórmula tarifaria general, se determinará de conformidad con el siguiente procedimiento:

“El CONCESIONARIO deberá presentar ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas una solicitud para aplicar el X_{e3} , tomando como base el componente de la inversión programada, acompañada de un estudio aprobado por el CONCEDENTE o determinado por el amigable componedor o mediante arbitramento, de conformidad con lo previsto en la cláusula 70, que demuestre el monto de los costos en que incurrirá para cumplir con las nuevas reglamentaciones y su

⁷² Folio 362 *ibídem*.

⁷³ Folio 365 *ibídem*.

impacto potencial sobre el cargo promedio máximo unitario de la red (D_t).

"El X_{e3} será la variación en el costo de inversión por metro cúbico y deberá ser presentado como parte del estudio" ⁷⁴.

(...)

CLÁUSULA 47. FACTOR DE AJUSTE POR CAMBIO EN LAS CONDICIONES DE OPERACION, ADMINISTRACION Y MANTENIMIENTO. *Cuando durante la vigencia del contrato las condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio previstas en el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes (Resolución 67 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas) y en este contrato se modifiquen por cambios en este Código o en otras regulaciones de obligatorio cumplimiento para el CONCESIONARIO, el factor de ajuste X_{e4} del D_t , se determinará de conformidad con el siguiente procedimiento:*

"El CONCESIONARIO deberá presentar ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas una solicitud para aplicar el factor de ajuste X_{e4} , acompañada de un estudio aprobado por el CONCEDENTE o determinado por el amigable componedor o mediante arbitramento, que demuestre el monto de los costos en que incurrirá para cumplir con las nuevas reglamentaciones y su impacto potencial sobre el cargo promedio máximo unitario de red (D_t).

⁷⁴ Folio 34, Cuaderno Pruebas 1.

"El X_{e4} será la variación en los costos de administración, operación y mantenimiento del servicio por metro cúbico y deberá ser presentado como parte del estudio" ⁷⁵.

En tal sentido, la Convocante considera que, independientemente de la aplicabilidad o no de las cláusulas en cuestión, *"El Concesionario en todo caso preserva el derecho a ser resarcido por circunstancias que afecten, alteren o rompan en su contra el equilibrio económico (...)"⁷⁶*

Obra en el expediente prueba de que Efigás, según comunicaciones remitidas el 2 de julio de 2014, esto es en vigencia del Contrato, presentó ante el Ministerio solicitud de restablecimiento económico, fundamentado en las citadas cláusulas, junto con sus respectivos estudios técnicos.

Así se lee en la comunicación del 2 de julio de 2014⁷⁷, Registro No. 359666 suscrita por Nayarit D. Trejos, Jefe de Planeación de Efigás y dirigida a la convocada: *"Adjunto remitimos la información para la solicitud de restablecimiento económico de las áreas de concesión Caldas, Quindío y Risaralda atendidas por la empresa Efigas S.A. E.S.P."*

Quiere decir esto, que Efigás activó dentro del término de vigencia señalado por las cláusulas 46 y 47 la fórmula de ajuste.

Por su parte, el Ministerio dio contestación oportuna a las citadas reclamaciones negándolas. En efecto, en los proyectos de actas de liquidación bilateral proyectadas se establece:

"La interventoría realizó una revisión del estudio presentado como soporte de las reclamaciones y analizó su pertinencia, considerando los impactos generados por la expedición de cada

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Folio 178 Cuaderno Principal No. 4.

⁷⁷ Folio 220 Cuaderno de Pruebas 4.

Resolución, a la luz de la regulación, el manual técnico y el Contrato de Concesión.

De acuerdo con el análisis efectuado por la Interventoría en relación con lo dispuesto en la Resolución SIC 14771 de 2002, en cuanto a las pruebas adicionales para la puesta en servicio, las mismas se encuentran incluidas en el cargo de conexión que es asumido por el usuario y que comprende la acometida y la instalación interna y que el valor de la acometida se encuentra regulado como un precio máximo que incluye la acometida, el medidor y la prueba para iniciar la prestación del servicio. Lo anterior está dispuesto en el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes y en la Resolución CREG 057 de 1996. Adicionalmente, la citada resolución no introdujo elementos nuevos que no estuvieran contemplados en las normas y en la regulación aplicable al Contrato de Concesión desde su suscripción.

Se debe indicar también que desde la expedición de la Resolución SIC 14771 en el año 2002, la CREG no ha considerado necesario ajustar el valor máximo regulado que fue definido para el cargo de conexión (que incluye el costo de la prueba) y que los distribuidores de las áreas no exclusivas han venido operando y ejecutando las conexiones en estas condiciones, esto es, la revisión previa de la instalación la hace el distribuidor y su remuneración queda incluida en el valor del cargo de conexión que recibe de los usuarios.

En cuanto a la Resolución CREG 100 de 2003 se considera que la adopción de los estándares de calidad que se introdujeron, habían sido anunciados por la misma CREG mediante la Resolución CREG

067 de 2005 (Código de Distribución de Gas Combustible por Redes).

Adicional a lo anterior, resulta también necesario indicar que los efectos de la norma desde el punto de vista técnico con motivo de la expedición de la Resolución CREG – 100 de 2003 no introdujo alcances superiores a los definidos en las normas vigentes a la fecha de suscripción de los contratos de concesión...⁷⁸.

De igual forma, obra prueba que el Ministerio dio traslado el 24 de julio de 2014 a la Interventoría de los citados estudios, según radicado 2014047255 cuya referencia fue “Reclamación por restablecimiento del equilibrio económico para las Areas de Servicio Exclusivo de Caldas, Quindío y Risaralda, Efigas S.A. E.S.P.”⁷⁹.

Se tiene entonces, que ambas partes cumplieron oportunamente con la activación de la cláusula: la convocante presentando el estudio en vigencia de los contratos, esto es 2 de julio de 2014, y la convocada respondiendo negativamente la solicitud y el contenido de los mismos, con anterioridad a la finalización de su vigencia según los proyectos de actas de liquidación bilaterales.

Sin embargo, para el Tribunal resulta claro que el contenido de las cláusulas 46 y 47, hacían inviable su aplicación al momento en que Efigás procedió a su activación, esto es, en vigencia de los Contratos, como estaba autorizado, pero una vez terminado el plazo de ejecución contractual, de donde se desprende que las cláusulas están inadecuadamente planteadas, en su diseño y estructura, pues resultan inanes en cuanto a su temporalidad en etapa de liquidación.

⁷⁸ Folios 140 y ss. Cuaderno de Pruebas 4.

⁷⁹ Folios 218 y ss. Cuaderno de Pruebas 4.

En efecto, lo que persiguen las citadas cláusulas, comunes en redacción en cuanto a sus aspectos esenciales, era buscar vía ajuste de tarifa los costos en que "incurrirá" el convocante por los supuestos allí formulados. En ese orden de ideas, aunque la cláusula autorizó a Efigás a realizar las reclamaciones en vigencia del Contrato, incluyendo la etapa de liquidación pactada, lo cierto es que, como ya se manifestó, las cláusulas resultan inaplicables en ésta última etapa, es decir, cuando ha finalizado el término de ejecución contractual.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal recurrirá a la cláusula 41, general de equilibrio económico de los Contratos, ante la imposibilidad de la aplicación de las cláusulas 46 y 47 en etapa de liquidación de los Contratos, en la medida que tal como ya ha sido suficientemente expuesto por el Tribunal, los Contratos materia de controversia siguieron la regla del derecho privado para efectos de las estipulaciones que en materia de equilibrio económico y financiero fueron señaladas en el Capítulo Quinto común a todos los Contratos. En ese orden de ideas y frente a la excepción del Ministerio denominada Ausencia de incumplimiento contractual por parte del Ministerio de Minas y Energía como causa del desequilibrio económico, habrá que denegarse en la medida que como se ha señalado se condenará a dicha entidad en virtud de la obligación establecida en la cláusula 41 de los contratos de concesión.

Así las cosas, frente a las cláusulas 46 y 47 se tiene que ambas partes cumplieron con su activación de manera oportuna, dentro del término de vigencia de los contratos; sin embargo, resultaron inaplicables en cuanto a su temporalidad, en etapa de liquidación, y al agotamiento total del procedimiento descrito en dichas estipulaciones. En ese orden de ideas, se aceptará en forma parcial la excepción del Ministerio denominada "Imposibilidad de aplicación de las cláusulas 46, 47 y 49 del

Contrato de Concesión e incumplimiento de sus presupuestos por el Concesionario” en lo que atañe a la inaplicabilidad parcial de las cláusulas 46 y 47, mas no en lo que refiere al incumplimiento de los presupuestos por parte del Concesionario.

En lo concerniente con la inaplicabilidad del laudo del 10 de febrero de 2012 en la forma que lo pretende la convocante, incluida en el numeral 2 de las excepciones, entiende el Tribunal que en efecto, los supuestos de hecho y las pretensiones frente a dicha providencia, son diferentes en la medida en que de una parte las condenas se produjeron por incumplimiento del Ministerio en la aplicación de la cláusula 49, mientras que frente a los desequilibrios en materia técnica, dicha temática no fue parte del debate arbitral del año 2012. En este orden de ideas, el Tribunal denegará la excepción en lo correspondiente.

Ahora bien, a lo largo de los escritos de alegaciones, la convocada fundamenta la imposibilidad de acceder a los reclamos presentados por la convocante, en la medida en que considera que ambas resoluciones no introdujeron variaciones desde el punto de vista técnico a lo ya existente; el cambio de normatividad alegada por Efigás era previsible y además las reclamaciones son extemporáneas. Señala también que existe cosa juzgada dado que, con los laudos arbitrales proferidos en el año 2012, la posibilidad de reclamar sobre estos aspectos técnicos deviene imposible jurídicamente.

Ya tuvo oportunidad el Tribunal de referirse a la habilitación que las cláusulas otorgaron al concesionario para reclamar en vigencia de los contratos, lo que de suyo hace inviable la alegación de la convocada en el sentido que las reclamaciones son extemporáneas, más aún cuando como se ha dicho entró a denegar el contenido de las mismas. De igual forma, se reitera la estructuración y redacción de las cláusulas hicieron

imposible por su temporalidad la aplicación de la fórmula en ellas contenidas. Así las cosas no está llamada a prosperar la excepción denominada “El concesionario con la presentación extemporánea de sus reclamaciones puso en imposibilidad al Ministerio de que restableciera el equilibrio económico del contrato vía modificación de la tarifa, sin afectar su propio patrimonio”.

Analizados los laudos proferidos en el año 2012, no puede predicarse cosa juzgada, en la medida que las controversias allí planteadas no obedecieron a los aspectos técnicos materia del presente Tribunal. Así las cosas, no está llamada a prosperar la excepción propuesta por la convocada en la contestación de la reforma de la demanda y denominada Cosa juzgada frente a las pretensiones de restablecimiento del equilibrio por cambios en la normativa técnica.

Por último, encuentra el Tribunal que las modificaciones en la normatividad técnica, introducidas en virtud de las resoluciones objeto de controversia, no eran previsibles para Efigás. En efecto, de la serie de pruebas testimoniales recaudadas, así como de los peritajes que constan en el expediente, puede concluirse que sí hubo cambios que implicaron la realización de actividades adicionales y nuevas para el Concesionario, más aún cuando las citadas resoluciones fueron proferidas por entidades distintas a la Concedente, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio y la CREG, con posterioridad a la suscripción de los contratos.

En lo que concierne la Resolución No. 14471 de la SIC, es bien ilustrativo el testimonio del señor Andrés Villegas Gómez en cuanto a las actividades nuevas y su costo, así como frente al impacto y la imprevisibilidad de los cambios con la entrada en vigor de la resolución citada, y ante preguntas del Tribunal sostuvo:

"(...) Entonces, al emitir esta resolución, puso como obligatorias, algunas cosas adicionales a las que hacíamos como empresa. Entre otras la medición de monóxido de carbono, la obligatoriedad de que la persona que fuera a hacer la inspección estuviera certificada, y que, fuera de eso, perteneciera a un organismo certificado. Eso es básicamente, esas tres cosas las pedía la 14471. Técnicamente cambió lo que veníamos haciendo desde el año 1997, que era basado en una obligación del Código de Distribución, donde nos pedía básicamente unas pruebas herméticas y unas inspecciones, de acuerdo a la norma técnica vigente (...)"⁸⁰

Pasa a sostener el testigo igualmente sobre este tema lo siguiente:

"Qué pasó con la 14471? Al volver obligatorio la medición de monóxido, y sobre todo, volver obligatorio que fueran organismos certificados, la empresa en su momento, decidió que eso fuese subcontratado con organismos de inspección que tuvieran el personal idóneo y que ellos hicieran ese aval, o sea, esa certificación. Lo que implicaba un aumento en el costo, básicamente por los equipos de detección de monóxido y el personal pues que tenía que estar calificado en esas competencias. Eso implicó un sobre costo en esta actividad (...)"⁸¹.

Asimismo, el testigo mencionado puso de presente lo siguiente en relación con la imprevisibilidad de los motivos que sirvieron de fundamento para la expedición de la Resolución No. 14771 de la SIC:

(...) En el año 2002, la SIC sacó una resolución la 14471, basado pues en un tema de accidentalidad que ocurrió, más

⁸⁰ Página 50 de la transcripción del testimonio.

⁸¹ Página 51 *ibídem*.

que todo acá en Bogotá, por el tema del monóxido de carbono. Hubo unas personas afectadas por el monóxido de carbono, y a raíz de eso la SIC y pues el Gobierno, sacó esta resolución para proteger pues los usuarios, ante cualquier accidente ocasionado por este tóxico, que se genera por una mala combustión en los gasodomésticos, básicamente.

Entonces, al emitir esta resolución, puso como obligatorias, algunas cosas adicionales a las que hacíamos como empresa. Entre otras la medición de monóxido de carbono, la obligatoriedad de que la persona que fuera a hacer la inspección estuviera certificada, y que, fuera de eso, perteneciera a un organismo certificado. Eso es básicamente, esas tres cosas las pedía la 14471.

Técnicamente cambió lo que veníamos haciendo desde el año 1997, que era basado en una obligación del Código de Distribución, donde nos pedía básicamente unas pruebas herméticas y unas inspecciones, de acuerdo a la norma técnica vigente (...)"

Ahora bien, en cuanto a la pregunta formulada por el Tribunal referente a si Efigás continuó cobrando lo mismo por la prestación del servicio después de expedida la resolución en cuestión, el testigo respondió lo siguiente:

"(...) Pues hay que cobrar lo mismo, porque la tarifa de distribución pues estaba fija hasta el año 2014. Entonces ahí pues

*era donde ocurría ya un tema económico, más que técnico, que el técnico ya más o menos se los expliqué (...)*⁸²

A su turno, el testigo José Fernando Aristizábal Muñoz, ante preguntas del Tribunal sobre la Resolución No. 14471, explica con claridad el tema de los mayores costos generados por la resolución mencionada y, en especial, en los apartes que se transcriben:

“(...) No son las cifras exactas, pero es una comparación, entonces eso me significaba a mí, una diferencia entre la operación que yo hacía con mi personal directo, a una operación que tenía mayor costo. ¿Por qué tenía mayor costo? pues porque primero, Gas Natural del Centro, no era un ente certificador, entonces, el hecho de que yo tuviera que salir a contratar con un ente certificador, que tuviera ese reconocimiento, pues ese, llamémoslo, ese plus, lo cobra cualquier contratista.

*Me perdonan el ejemplo, pero dijéramos, no es lo mismo ir donde un médico general o donde un cardiólogo. Seguramente el hecho de tener la especialidad en cardiología, pues ese médico cobrará x plus. Entonces, eso tenía un valor y, indudablemente la intermediación, si se acepta la palabra entre comillas de tener un contratista, pues tiene un valor, porque ese contratista tiene unos costos fijos, que también los pone dentro del costo, y la disponibilidad (...)*⁸³.

En lo que respecta la Resolución No. 100 de 2003 de la CREG, el Tribunal revisó el acervo probatorio, encontrando que el testigo José Fernando Aristizábal Muñoz, ante una pregunta del panel sobre el

⁸² Página 52 *ibídem*.

⁸³ Página 10 de la transcripción.

impacto en los costos de la resolución en comento, respondió lo siguiente:

"(...) Cuando sale la Resolución 100, entonces la Resolución 100, nos obliga, a que se tomen una serie de lecturas de la odorización, en diferentes puntos, y fija una metodología de un número de puntos, de acuerdo a las estaciones de regulación que tenga cada distribuidor (...)"⁸⁴. Igualmente, el testigo indica que, ante esta nueva normativa, "(...) hubo que capacitar la gente, tener los equipos de transporte, y tener los detectores de odorante, para hacer el trabajo y hacer toda la logística, pues para montar los informes y enviarlos (...)"⁸⁵.

Frente al personal afirmó:

"(...) hubo que conseguir personas adicionales. ¿Por qué? porque el personal básico que tenía la empresa, es pues, en ese entonces, eran las cuadrillas de atención de emergencias. Son los operadores que generalmente tenemos los distribuidores. Pero, un operador de emergencias, pues no lo puede mandar uno a hacer, o no lo podíamos mandar a hacer lecturas de IPLI, IO, y lo demás que vamos a describir a continuación, porque pues la prioridad es atención de emergencias (...)"⁸⁶

En cuanto al cuestionamiento del Tribunal sobre dónde estaban los mayores costos, el testigo contestó:

"(...) También estaban en el personal que tenía que hacerlo, los equipos que hubo que adquirir adicionales pues, manómetros y cosas de esas para chequear la presión, como decíamos ahora, los detectores de odorante. El tercer indicador, era el IRST. El IRST,

⁸⁴ Página 17 de la transcripción.

⁸⁵ Página 18 de la transcripción.

⁸⁶ Ídem.

es un indicador que era, Índice de Respuesta al Servicio Técnico. Básicamente lo que pretendía o lo que pretende ese indicador, es que se detecte y se informe, sobre 4 causales. Eran básicamente, ausencia de gas, calidad de la llama, a ver si recuerdo los otros dos... bueno, ahora de pronto... Ausencia de gas, calidad de llama, escapes, e incendio, creo que era el cuarto. No recuerdo en este momento.

Eso significó pues hacer un desarrollo en la sala donde nosotros atendemos las llamadas, de software, que nos permitiera pues ser más eficientes. Eso inicialmente lo hacíamos manual, manual, pero hubo que ir desarrollando facilidades que permitieran el reporte, en la medida en que los usuarios van creciendo, porque cuando usted habla de un número de usuarios pues, bajito, pues las cosas manualmente se manejan, pero cuando ya los usuarios van creciendo, entonces, el número de llamadas se va multiplicando y es más complejo⁸⁷.

Por su parte, el perito Miguel Ángel Zafra Fontal de parte de Efigás, sobre este tema manifestó:

"(...) sin embargo lo que pasó con la CREG 100 es que además de lo que establecida dijo que el punto para tomar toda la información la central de emergencias antes de la CREG 100 del término central de emergencias no aparecía en el radar de la legislación y en esa central se deben registrar todos los eventos durante el mes especificando la fecha hora además especificar los registros del tipo de eventos y cuando hay más de un registro contabilizar el tiempo de atención, bueno aquí pongo ya una carga que hacía que necesariamente se implementará un mayor nivel de

⁸⁷ Página 20 de la transcripción.

tecnología, pero lo que más nos llamó la atención es que es que el índice de respuesta a servicio técnico la misión creciente el 2003 además de establecer especificaciones para el registro de grabación y reportes de emergencias modificó el concepto de emergencias, al cual se refería el capítulo 5 del código distribución incorporando una visión y una definición de eventos si no todo evento y en el evento incluyó todo lo que alberga escape de gas, incendio, interrupción del servicio, pero además cualquier manifestación física que puede observar el usuario en la calidad de la llama tal como desprendimiento, retroceso y coloración (...)"⁸⁸.

Por otro lado, el señor William Roy Villanueva Meléndez, perito de parte del Ministerio, en el dictamen entregado en este proceso y radicado el 3 de octubre de 2017 (folios 280 y siguientes del cuaderno de pruebas No.1) sostuvo lo siguiente en relación con las dos resoluciones:

"(...) era muy previsible que en los años posteriores a la expedición del Decreto 2269 de 1994, la exigencia de organismos de inspección o certificación, y laboratorios de ensayos acreditados, con dotación de equipos y personal idóneo para la realización de las pruebas de calidad y de seguridad entrarán en vigor (...)"

Así mismo, el perito manifestó lo siguiente en lo relativo a la previsibilidad de las dos resoluciones:

"(...) Sí, era previsible y paso a explicar por qué, si uno mira estas resoluciones, en estas resoluciones hay citas a unas normas que son posteriores a la firma del contrato en el año 97, pero esas normas no modifican el contenido técnico grueso de las exigencias

⁸⁸ Página 21 de la transcripción.

contenidas en las normas técnicas que eran parte del contrato en el año 97 (...)”⁸⁹

Sin embargo, encuentra el Tribunal que, ante pregunta realizada por el apoderado de la convocante, el perito indicó lo siguiente:

“(...) Había certeza al momento de firmar el contrato de que no se conocían las resoluciones suscritas en el año 2002 y 2003, pero había previsibilidad de que cualquier cosa que esas resoluciones expidieran o cualquier haya sido el número de esa resolución referida al tema de la competencia e idoneidad del trabajador era absolutamente previsible, de hecho la resolución lo que dice es la NTC 2505 dice el personal tiene que ser idóneo y los agentes tenían la posibilidad de contratar su personal idóneo sin ningún otro requisito distinto a que se asegurara que tuviera los diplomas profesionales y las experiencias profesionales adecuadas (...)”⁹⁰.

Esta aseveración para el Tribunal contiene no solo una manifestación genérica sobre las posibles variaciones que constituyan eventos previsibles, sino, incluso, una contradicción, que lleva a concluir, después de un análisis probatorio integral, que las resoluciones fueron emitidas cinco y seis años después de suscritos los Contratos de Concesión por entidades distintas a la Concedente y en donde se ha probado suficientemente que existieron nuevas y diferentes actividades a las originalmente planteadas en las resoluciones existentes al momento de presentación de las ofertas, circunstancia ésta que afecta la estructura del negocio y la economía contractual.

Como consecuencia de todo lo anterior, se negará la excepción denominada Inexistencia de desequilibrio por los alegados aspectos

⁸⁹ Página 36 de la transcripción.

⁹⁰ Página 41 de la transcripción.

técnicos de calidad pues los mismos eran previsibles y en todo caso no se reclamaron en vigencia del contrato. De igual forma y por ser reiterativa denegará la excepción denominada Preclusión de oportunidad para reclamar perjuicios por cambios en la normatividad técnica.

Probado como está la procedencia en el reconocimiento económico derivado del cambio en la normatividad técnica, a favor del contratista, es menester entrar a analizar el *quantum*, según el material probatorio que obra en el expediente.

Con el objeto de determinar el monto a que tiene derecho la convocante por concepto del restablecimiento del equilibrio del contrato por razón del cambio de normas de carácter técnico, el Tribunal se apoyará en el dictamen pericial de parte aportado con la reforma de la demanda por la convocante, experticia que estuvo a cargo del ingeniero Miguel Ángel Zafra Fontal y que es el único peritaje que obra en el proceso atinente a este aspecto en concreto. En efecto, dicho peritaje se practicó y aportó al expediente con el objeto de determinar el impacto causado por los cambios regulatorios ocurridos durante la ejecución del Contrato y que, como se ha precisado en precedencia, generó una ruptura del equilibrio económico del Contrato, desequilibrio que deberá ser reparado por el Ministerio.

Sobre el valor probatorio que se le reconoce a esta prueba, es del caso precisar que el peritaje se aportó en forma oportuna al proceso y que al mismo se acompañaron los anexos que ordena la ley, en particular aquellos a los que se refiere el artículo 226 del Código General del Proceso, así como los que acreditan la formación académica, la experiencia y la idoneidad del perito.

Dicha experticia se incorporó en forma regular al expediente, se puso en conocimiento de la parte convocada, cuya apoderada —al contestar la

reforma de la demanda— solicitó la citación del autor con el propósito de ejercer la contradicción, con arreglo al artículo 228 del Código General del Proceso. Como consta en los autos, en audiencia de 9 de noviembre de 2018, se practicó el interrogatorio del perito Zafra Fontal. Así las cosas, se trata de un medio de prueba practicado y aportado en forma legal y que fue sometido a contradicción por la parte contra la que se adujo, vale decir, el Ministerio, motivos por los cuales el Tribunal puede apoyarse en él para la determinación del impacto del desequilibrio contractual causado por variaciones de normas técnicas.

De conformidad con dicha experticia, las sumas establecidas en el peritaje técnico correspondiente al desequilibrio que se analiza son las siguientes, por cada área. Tales cifras, para cada una de las áreas de servicio exclusivo, serán actualizadas a 30 de mayo de 2019, por ser esta fecha la del último índice de actualización que se encuentra disponible a la fecha de esta providencia, conforme se detalla a continuación.

Para el área de Caldas:

AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO CALDAS		
Cambio que generó el desequilibrio	Costo parciales a junio de 2014	Costo a enero de 2016
Resolución SIC 14471-2002		
Actividades adicionales en certificación de instalaciones	\$ 418.727.019	\$ 457.633.139
Resolución CREG del 2003		
Medición y reporte de IO, IPLI e IRST	\$ 292.859.865	\$ 320.071.008
Mejoras en el centro de control	\$ 177.207.203	\$ 193.672.453
Valor estimado del desequilibrio	\$ 864.599.489	\$ 944.933.883

Tabla 1 Resumen del Valor de Desequilibrio Económico Calculado para la ASE Caldas

Esta cifra será actualizada al 30 mayo del 2019, de acuerdo con el último índice publicado por el DANE, conforme a la siguiente liquidación:

AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO CALDAS		
Cambio que generó el desequilibrio	Costo a enero de 2016	Costo a Mayo de 2019
Resolución SIC 14471-2002		
Actividades adicionales en certificación de instalaciones	\$ 457.633.139	\$ 518.985.262
Resolución CREG del 2003		
Medición y reporte de IO, IPLI e IRST	\$ 320.071.008	\$ 362.981.004
Mejoras en el centro de control	\$ 193.672.453	\$ 219.636.954
Valor estimado del desequilibrio	\$ 944.933.883	\$ 1.101.603.220
FUENTE: INDICES SERIE DE EMPALME - DANE		

Para el área de Quindío:

AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO QUINDIO		
Cambio que generó el desequilibrio	Costo parciales a junio de 2014	Costo a enero de 2016
Resolución SIC 14471-2002		
Actividades adicionales en certificación de instalaciones	\$ 551.111.428	\$ 602.318.076
Resolución CREG del 2003		
Medición y reporte de IO, IPLI e IRST	\$ 312.204.552	\$ 341.213.112
Valor estimado del desequilibrio	\$ 863.315.980	\$ 943.531.188

Tabla 2 Resumen del Valor de Desequilibrio Económico Calculado para la ASE Quindío

Esta cifra será actualizada al 30 mayo del 2019, de acuerdo con el último índice publicado por el DANE, conforme a la siguiente liquidación:

AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO QUINDIO		
Cambio que generó el desequilibrio	Costo a enero de 2016	Costo a Mayo de 2019
Resolución SIC 14471-2002		
Actividades adicionales en certificación de instalaciones	\$ 602.318.076	\$ 683.067.239
Resolución CREG del 2003		
Medición y reporte de IO, IPLI e IRST	\$ 341.213.112	\$ 386.957.502
Valor estimado del desequilibrio	\$ 943.531.188	\$ 1.070.024.741
FUENTE: INDICES SERIE DE EMPALME - DANE		

Para el área de Risaralda:

AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO RISARALDA		
Cambio que generó el desequilibrio	Costo parciales a junio de 2014	Costo a enero de 2016
Resolución SIC 14471-2002		
Actividades adicionales en certificación de instalaciones	\$ 775.670.849	\$ 847.742.489
Resolución CREG del 2003		
Medición y reporte de IO, IPLI e IRST	\$ 344.892.947	\$ 376.938.756
Valor estimado del desequilibrio	\$ 1.120.563.796	\$ 1.224.681.245

Tabla 3 Resumen del Valor de Desequilibrio Económico Calculado para la ASE Risaralda

Esta cifra será actualizada al 30 mayo del 2019, de acuerdo con el último índice publicado por el DANE, conforme a la siguiente liquidación:

AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO RISARALDA		
Cambio que generó el desequilibrio	Costo a enero de 2016	Costo a Mayo de 2019
Resolución SIC 14471-2002		
Actividades adicionales en certificación de instalaciones	\$ 847.742.489	\$ 961.394.228
Resolución CREG del 2003		
Medición y reporte de IO, IPLI e IRST	\$ 376.938.756	\$ 427.472.669
Valor estimado del desequilibrio	\$ 1.224.681.245	\$ 1.388.866.896

Queda claro para el Tribunal que las controversias presentadas corresponden a una naturaleza contractual, lo que desestima la excepción denominada El reconocimiento de sumas a favor de Efigas por

concepto de cambios tributarios y cambios técnicos implicaría un enriquecimiento sin justa causa⁹¹.

De igual forma, no encuentra el Tribunal razón que permita señalar que el concesionario haya actuado de mala fé, ni que conforme al clausulado contractual pactado, existiera una obligación automática del Ministerio de equilibrar, por lo que despachará desfavorablemente la excepción denominada "Inexistencia de obligación del Ministerio de Minas de restablecer el equilibrio económico de manera automática Mala fe del Concesionario".

En lo atinente a la excepción denominada "Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes", esto constituye un principio de derecho y no una excepción.

Por último reitera el Tribunal que habrá de negar la excepción señalada "Incumplimiento del Concesionario. ¡Nadie puede alegar su propia culpa a su favor!", por las razones expuestas a lo largo de la presente decisión, en particular por cuanto no quedó acreditado incumplimiento por parte de Efigás.

12. Los juramentos estimatorios

Dispone el artículo 206 del Código General del Proceso que " (...) *quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlos razonadamente bajo juramento estimatorio en la demanda (...) Si la cantidad estimada excediere en el 50% de la que resulte pagada, se condene a quien la*

⁹¹ De naturaleza extracontractual y por ende solamente susceptible de ser accionada a través del medio de control de reparación directa, según lo establecido en la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 24897.

hizo a pagar la otra parte una suma equivalente al 10 % de la diferencia (...)”.

La apoderada de la convocada solicita en los alegatos de conclusión la aplicación del inciso 4 del artículo 206 del Código General del Proceso, sosteniendo que los valores reclamados y contenidos en el juramento estimatorio de Efigás serían sustancialmente menores a los probados en el proceso.

El Tribunal considera que no procede la sanción que invoca la convocada si se tiene en cuenta que en la demanda principal reformada de este proceso se expuso, en el acápite de la cuantía del proceso y juramento estimatorio que *“(...) para efectos exclusivamente de los requisitos formales de la presente convocatoria arbitral, manifiesto bajo la gravedad del juramento que estimo razonadamente que la cuantía de las pretensiones de la presente convocatoria arbitral asciende a la suma de (...)”*

Como puede apreciarse en la estimación que formula la convocante en la demanda reformada no especificó la indemnización (daño emergente y lucro cesante) aun cuando acudió al restablecimiento del equilibrio económico, o sea que en este punto no cumple los requisitos para la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues la estimación hecha concierne, como se expuso, con la cuantía y exclusivamente para cumplir con los requisitos formales, sin que se hubiere especificado el alcance cuantitativo de la indemnización como tal.

En lo que concierne al juramento estimatorio de la demanda de reconvencción reformada, como quedó expuesto en acápite anteriores

de esta providencia, el Tribunal desestimará las pretensiones de dicha demanda, por haber concluido que la acción se encontraba caducada. Por consiguiente y en simple lógica, las pretensiones indemnizatorias deducidas por la Convocada tampoco alcanzan prosperidad por tratarse, precisamente, de consecuencias indemnizatorias, que no alcanzan prosperidad por fuerza de la caducidad, pero sin que ello obedezca a un actuar negligente o temerario de la convocada.

Por las razones expuestas, el Tribunal no impondrá sanción alguna con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso.

13. La conducta procesal de las partes

Como es sabido, el primer inciso del artículo 280 del C.G.P., referente al contenido de las sentencias, dispone que “El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”. Para los fines de esta disposición, el Tribunal advierte que a lo largo del presente trámite las partes y sus respectivos apoderados obraron con apego a la buena conducta procesal, motivo por el cual no tiene cabida la deducción de indicios en contra de ninguna de ellas.

14. Las costas del proceso

El artículo 365 del Código General del Proceso prevé:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

A partir de los criterios señalados, teniendo en cuenta el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes involucradas en el litigio, al igual que el sentido general de la decisión contenida en el presente laudo, así como la actividad procesal desplegada por los apoderados, quienes han actuado conforme a la corrección y a la lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, amén de que no se vislumbra conducta temeraria alguna, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

CAPÍTULO TERCERO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **EFIGÁS S.A. E.S.P.**, parte convocante y **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS ENERGÍA**, parte convocada, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE :

1. Respecto del Contrato del Área de Caldas

Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 4 0617, fechada el 23 de junio de 2016, “Por la cual se liquida unilateralmente 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 Caldas”, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, en los términos de la pretensión primera anulatoria principal de la demanda reformada.

Segundo.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 4 0958, fechada el 6 de octubre de 2016, "Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0617 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Caldas", expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, en los términos de la pretensión segunda anulatoria principal de la demanda reformada.

Tercero.- Declarar que durante la vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al régimen tributario, que afectaron las previsiones que el Concesionario tuvo en cuenta en materia de impuestos para la presentación de su oferta para el periodo comprendido desde el año 2008 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF– y del Impuesto al Patrimonio, en los términos de la pretensión primera principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Cuarto.- Declarar que, como consecuencia de las modificaciones al régimen tributario que afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, en cumplimiento del Contrato de Concesión, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico, en los términos de la pretensión segunda principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Quinto.- Declarar que, en los términos del Contrato de Concesión, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las afectaciones de las previsiones del Concesionario en materia de impuestos por modificaciones al régimen tributario, en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Sexto.- Declarar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión cuarta principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Séptimo.- Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al régimen tributario que afectaron sus previsiones en materia de impuestos tenidas en cuenta para la presentación de su oferta respecto del período comprendido entre el año 2008 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros y del Impuesto al Patrimonio. En consecuencia, en los términos de la pretensión subsidiaria a la sexta principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada y por las razones expuestas en la parte considerativa del laudo, se condena a LA NACIÓN

- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a EFIGÁS S.A. E.S.P. la suma de ciento cinco millones setecientos ochenta y dos mil trescientos treinta y seis pesos (\$ 105 782 336), que se encuentra actualizada.

Octavo.- Declarar que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por cambios en el régimen tributario, en los términos de la pretensión séptima principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Noveno.- Declarar que durante la vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión primera principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo.- Declarar que como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión introducidas en vigencia del mismo que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio

económico, en los términos de la pretensión segunda principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo primero.- Declarar que en los términos del Contrato de Concesión, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo segundo.- Declarar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión cuarta principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo tercero.- Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las

modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión. En consecuencia, en los términos de la pretensión subsidiaria a la sexta principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada y por las razones expuestas en la parte considerativa del laudo, se condena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a EFIGÁS S.A. E.S.P. la suma de un mil ciento un millones seiscientos tres mil doscientos veinte pesos (\$ 1 101 603 220), que se encuentra actualizada.

Décimo cuarto.- Declarar que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión séptima principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo quinto.- Reconocer fundamento parcial a la excepción propuesta por LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA denominada “Imposibilidad de aplicación de cláusulas 46, 47 y 49 del Contrato de Concesión e incumplimiento de sus presupuestos por el

Concesionario”, por las razones y con el alcance precisado en la parte motiva.

Décimo sexto.- Negar las demás excepciones y defensas propuestas por LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

Décimo séptimo.- Negar las demás pretensiones de la demanda reformada de EFIGÁS S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo octavo.- Respecto de la demanda de reconvención de LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, reconocer fundamento a la excepción propuesta por EFIGÁS S.A. E.S.P. rotulada “Excepción de caducidad de la acción o del medio de control judicial relativo a controversias contractuales”. En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

Décimo noveno.- Disponer que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA dé cumplimiento al presente laudo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.5. de las pretensiones de la demanda reformada.

2. Respecto del Contrato del Área de Quindío

Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 4 0616, fechada el 23 de junio de 2016, “Por la cual se liquida unilateralmente 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 Quindío”, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, en los términos de la pretensión primera anulatoria principal de la demanda reformada.

Segundo.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 4 0959, fechada el 6 de octubre de 2016, “Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0616 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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 Quindío”, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, en los términos de la pretensión segunda anulatoria principal de la demanda reformada.

Tercero.- Declarar que durante la vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al régimen tributario, que afectaron las previsiones que el Concesionario tuvo en cuenta en materia de impuestos para la presentación de su oferta para el periodo comprendido desde el inicio del contrato hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF–, el Impuesto al Patrimonio, el impuesto para preservar la seguridad democrática, el impuesto de timbre y la sobretasa al impuesto de renta,

en los términos de la pretensión primera principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Cuarto.- Declarar que, como consecuencia de las modificaciones al régimen tributario que afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, en cumplimiento del Contrato de Concesión, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico, en los términos de la pretensión segunda principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Quinto.- Declarar que, en los términos del Contrato de Concesión, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las afectaciones de las previsiones del Concesionario en materia de impuestos por modificaciones al régimen tributario, en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Sexto.- Declarar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión cuarta principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Séptimo.- Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al régimen tributario que afectaron sus previsiones en materia de impuestos tenidas en cuenta para la presentación de su oferta respecto del período comprendido desde el inicio del contrato hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF–, el Impuesto al Patrimonio, el impuesto para preservar la seguridad democrática, el impuesto de timbre y la sobretasa al impuesto de renta. En consecuencia, en los términos de la pretensión subsidiaria a la sexta principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada y por las razones expuestas en la parte considerativa del laudo, se condena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a EFIGÁS S.A. E.S.P. la suma de ochocientos cincuenta y seis millones setenta y dos mil setecientos veinticinco pesos (\$ 856 072 725), que se encuentra actualizada.

Octavo.- Declarar que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por cambios en el régimen tributario, en los términos de la pretensión séptima principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Noveno.- Declarar que durante la vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de

inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión primera principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo.- Declarar que como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión introducidas en vigencia del mismo que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico, en los términos de la pretensión segunda principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo primero.- Declarar que en los términos del Contrato de Concesión, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo segundo.- Declarar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión cuarta principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo tercero.- Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión. En consecuencia, en los términos de la pretensión subsidiaria a la sexta principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada y por las razones expuestas en la parte considerativa del laudo, se condena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a EFIGÁS S.A. E.S.P. la suma de un mil setenta millones veinticuatro mil setecientos cuarenta y un pesos (\$ 1 070 024 741), que se encuentra actualizada.

Décimo cuarto.- Declarar que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la

metodología de factor de ajuste por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión séptima principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo quinto.- Reconocer fundamento parcial a la excepción propuesta por LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA denominada “Imposibilidad de aplicación de cláusulas 46, 47 y 49 del Contrato de Concesión e incumplimiento de sus presupuestos por el Concesionario”, por las razones y con el alcance precisado en la parte motiva.

Décimo sexto.- Negar las demás excepciones y defensas propuestas por LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

Décimo séptimo.- Negar las demás pretensiones de la demanda reformada de EFIGÁS S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo octavo.- Respecto de la demanda de reconvención de LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, reconocer fundamento a la excepción propuesta por EFIGÁS S.A. E.S.P. rotulada “Excepción de caducidad de la acción o del medio de control judicial relativo a

controversias contractuales". En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

Décimo noveno.- Disponer que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA dé cumplimiento al presente laudo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.5. de las pretensiones de la demanda reformada.

3. Respetto del Contrato del Área de Risaralda

Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 4 0620, fechada el 23 de junio de 2016, "Por la cual se liquida unilateralmente 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", expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, en los términos de la pretensión primera anulatoria principal de la demanda reformada.

Segundo.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 4 0957, fechada el 6 de octubre de 2016, "Por la cual se rechaza la reposición interpuesta en contra de la Resolución 4 0620 del 23 de junio de 2016 que liquida unilateralmente 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", expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones expuestas

en las consideraciones de este laudo, en los términos de la pretensión segunda anulatoria principal de la demanda reformada.

Tercero.- Declarar que durante la vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al régimen tributario, que afectaron las previsiones que el Concesionario tuvo en cuenta en materia de impuestos para la presentación de su oferta para el periodo comprendido desde el año 2006 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF–, el Impuesto al Patrimonio, el impuesto de timbre y de la sobretasa al impuesto de renta, en los términos de la pretensión primera principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Cuarto.- Declarar que, como consecuencia de las modificaciones al régimen tributario que afectaron las previsiones del Concesionario en materia de impuestos, en cumplimiento del Contrato de Concesión, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico, en los términos de la pretensión segunda principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Quinto.- Declarar que, en los términos del Contrato de Concesión, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las afectaciones de las previsiones del Concesionario en materia de impuestos por modificaciones al régimen tributario, en los términos de la pretensión

tercera principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Sexto.- Declarar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de cambios en la legislación tributaria posteriores a la fecha de presentación de la oferta que precedió la celebración del Contrato de Concesión. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión cuarta principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Séptimo.- Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al régimen tributario que afectaron sus previsiones en materia de impuestos tenidas en cuenta para la presentación de su oferta respecto del período comprendido desde el año 2006 hasta el 30 de junio de 2014 para el caso del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF–, el Impuesto al Patrimonio, el impuesto de timbre y de la sobretasa al impuesto de renta. En consecuencia, en los términos de la pretensión subsidiaria a la sexta principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada y por las razones expuestas en la parte considerativa del laudo, se condena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a EFIGÁS S.A. E.S.P. la suma de ochocientos cuarenta y seis millones quinientos cincuenta y tres mil ciento setenta pesos (\$ 846 553 170), que se encuentra actualizada.

Octavo.- Declarar que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por cambios en el régimen tributario, en los términos de la pretensión séptima principal del numeral 6.3. de las pretensiones de la demanda reformada.

Noveno.- Declarar que durante la vigencia del Contrato de Concesión Especial se introdujeron modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión primera principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo.- Declarar que como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión introducidas en vigencia del mismo que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio, surge en cabeza del Concesionario el derecho a que se restablezca a su favor el respectivo equilibrio económico, en los términos de la pretensión segunda principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo primero.- Declarar que en los términos del Contrato de Concesión, LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA asumió la obligación de restablecer el equilibrio económico del mismo, debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo segundo.- Declarar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no cumplió su obligación de restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión por los impactos sufridos por el Concesionario como consecuencia de las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión cuarta principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo tercero.- Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a reparar los efectos sufridos por el Concesionario debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del

servicio objeto del Contrato de Concesión. En consecuencia, en los términos de la pretensión subsidiaria a la sexta principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada y por las razones expuestas en la parte considerativa del laudo, se condena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a pagar a EFIGÁS S.A. E.S.P. la suma de un mil trescientos ochenta y ocho millones ochocientos sesenta y seis mil ochocientos noventa y seis pesos (\$ 1 388 866 896), que se encuentra actualizada.

Décimo cuarto.- Declarar que con posterioridad a la expiración de la vigencia del Contrato de Concesión, no es posible restablecer el equilibrio económico del mismo a través de la aplicación de la metodología de factor de ajuste por las modificaciones al ordenamiento jurídico aplicable al Concesionario para efectos de la ejecución del Contrato de Concesión, que afectaron sus previsiones en materia de costos de inversión del plan de expansión y de condiciones de operación, administración y mantenimiento del servicio objeto del Contrato de Concesión, en los términos de la pretensión séptima principal del numeral 6.4. de las pretensiones de la demanda reformada.

Décimo quinto.- Reconocer fundamento parcial a la excepción propuesta por LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA denominada “Imposibilidad de aplicación de cláusulas 46, 47 y 49 del Contrato de Concesión e incumplimiento de sus presupuestos por el Concesionario”, por las razones y con el alcance precisado en la parte motiva.

Décimo sexto.- Negar las demás excepciones y defensas propuestas por LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

Décimo séptimo.- Negar las demás pretensiones de la demanda reformada de EFIGÁS S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo octavo.- Respecto de la demanda de reconvención de LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, reconocer fundamento a la excepción propuesta por EFIGÁS S.A. E.S.P. rotulada “Excepción de caducidad de la acción o del medio de control judicial relativo a controversias contractuales”. En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

Décimo noveno.- Disponer que LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA dé cumplimiento al presente laudo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en los términos de la pretensión tercera principal del numeral 6.5. de las pretensiones de la demanda reformada.

4. Otros asuntos materia de decisión

Primero.- No imponer condena en costas a ninguna de las partes, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA que dentro de los tres días siguientes a la presente providencia informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación de este arbitraje. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal Arbitral.

Tercero.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012. En consecuencia, ordenar a EFIGÁS S.A. E.S.P. expedir los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, la Presidente hará la liquidación final de gastos y devolverá el saldo, si lo hubiere.

Cuarto.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

Quinto.- Disponer que el expediente se entregue al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

El presente laudo quedó notificado en audiencia.

MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO
Presidente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Árbitro

JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ
Árbitro

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Secretario