



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00020-00 (60937)

Convocante: LINDSAYCA S.A.S.

Convocada: TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. "TGI S.A. E.S.P."

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN

Temas: RECURSO DE ANULACIÓN – características generales y naturaleza – solo permite juzgar errores *in procedendo* – no es posible analizar o juzgar errores *in iudicando* o de hermenéutica contenidos en el laudo / CAUSAL DE INCONGRUENCIA DEL LAUDO / FALLO CITRA PETITA – no se configura cuando el tribunal se pronunció sobre todas las pretensiones de la demanda.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada –demandante en reconvencción– contra el laudo proferido el 21 de noviembre de 2017, por el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias surgidas entre Lindsayca S.A.S. –en adelante la parte convocante– y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. “TGI S.A. E.S.P” –en adelante la parte convocada– en el que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de reconvencción.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 3 de diciembre de 2015, TGI S.A. E.S.P. suscribió un contrato con Lindsayca S.A.S. para al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y transferencia de la Estación de Comprensión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana-Apiay y la Estación de Comprensión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay-Villavicencio-Oco. TGI S.A. E.S.P. declaró la terminación unilateral del contrato, por incumplimiento imputable a la contratista, al no haber entregado las garantías en los plazos y términos estipulados en el negocio jurídico. Lindsayca S.A.S. convocó a un Tribunal de Arbitramento para que declarara la existencia del contrato, la falta de validez de la terminación unilateral y el pago de perjuicios; por su parte, TGI S.A. E.S.P. demandó en reconvencción para solicitar que se condenara a Lindsayca por el incumplimiento contractual. El Tribunal declaró el incumplimiento de Lindsayca, la validez de la terminación unilateral, pero se abstuvo de condenar en perjuicios a favor de TGI S.A. E.S.P., motivo por el cual esta censuró el laudo por la causal de incongruencia, porque, en su criterio, dejó de decidir aspectos sometidos al conocimiento de los árbitros.

II. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

El 3 de diciembre de 2015, las partes convocante y convocada celebraron el contrato BOMT – por sus siglas en inglés– n.º 750758 cuyo objeto consistía, de conformidad con la cláusula segunda, en lo siguiente:

El Propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete mediante la modalidad de BOMT (Build, Operate, Mantain & Transfer), al diseño, procura, instalación, construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la trasferencia a La Empresa, a la terminación del Contrato, de la Estación de Comprensión de Gas Paratebueno (Cundinamarca), sobre el Gasoducto Cusiana-Apiay y la Estación de Comprensión de Gas Villavicencio (Meta), sobre el Gasoducto Apiay-Villavicencio-Ocoa, de conformidad con lo establecido en el presente contrato, así como sus anexos y demás documentos que hacen parte integral del mismo.

Hace parte de este Contrato el Servicio de Comprensión de Gas Natural, que consiste en la disponibilidad permanente para La Empresa de la Capacidad Total Instalada de Compresión de las Estaciones denominadas Paratebueno (Cundinamarca) y Villavicencio (Meta) ubicadas sobre los Gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa, respectivamente, previa terminación de la Etapa 1, de conformidad con el Anexo No. 1 Especificaciones Técnicas y durante la Etapa 2, de conformidad a lo establecido en el presente CONTRATO (F. 33 c. 3).

La cláusula quincuagésima sexta, sobre solución de conflictos, establecía:

Las Partes acuerdan que en el evento en que surjan diferencias entre ellas, por razón o con ocasión del presente Contrato, buscarán en primera medida mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa o la conciliación. Para ese efecto, las partes dispondrán de un término de treinta (30) días calendario por cada uno de los mecanismos anteriormente enunciados, contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud en tal sentido. Dicho término podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo. Si una vez agotadas las etapas anteriores las partes no logran un acuerdo, todas las eventuales diferencias originadas con ocasión de este Contrato, se someterán a un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con las leyes colombianas y las siguientes reglas:

1. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por Las Partes de común acuerdo. El tribunal decidirá en derecho.

2. El lugar de arbitramento será Bogotá D.C., Colombia y el tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

3. Los gastos, costas y honorarios de árbitros y secretario que se generen con ocasión de la convocatoria y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento serán asumidos por partes iguales entre Las Partes.

4. En todo lo demás se aplicará lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012, o demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan (F. 63 c. 3).

1.2. La demanda inicial

Mediante escrito del 20 de mayo de 2016, Lindsayca S.A.S., por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de controversias contractuales contra la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. "TGI S.A. E.S.P." con el fin de que se declarara patrimonial y contractualmente responsable por la terminación anticipada y sin justa causa del contrato BOMT n.º 750758.

La parte convocante solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

Primero. Sírvanse declarar que entre la empresa LINDSAYCA S.A.S. y la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. –TGI– se celebró el contrato No. 750758, cuyo objeto es:

(...)

2. Sírvase declarar que la Transportadora de Gas Internacional S.A. –TGI– dio por terminado el contrato No. 750758 sin justa causa contractual.

3. Sírvase declarar que Transportadora de Gas Internacional S.A. –TGI– es responsable contractualmente de los daños y perjuicios ocasionados a LINDSAYCA S.A.S. como consecuencia de la terminación injustificada del contrato objeto de esta controversia.

4. Sírvase condenar a la Transportadora de Gas Internacional S.A. –TGI– a pagar a favor de LINDSAYCA S.A.S. por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados como consecuencia de la terminación del contrato, los cuales se estiman de la siguiente manera:

4.1. Lucro cesante a título de ganancia frustrada: CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 14'437.633).

4.2. Daño emergente: la suma de QUINIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES CON NOVENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 510.753,90).

4.3. A título de lesión al buen nombre o good will: la suma que arbitrio iuris estime conveniente el tribunal por la lesión del buen nombre o good will de LINDSAYCA S.A.S. como consecuencia de la terminación del contrato sin justa causa y su sometimiento al escarnio público.

5. Condene en agencias en derecho y gastos procesales a Transportadora de Gas Internacional S.A. –TGI–.

La parte convocante fundamentó sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

El 27 de mayo de 2015, la sociedad comercial TGI S.A. E.S.P. abrió un proceso de selección contractual denominado “*selección pública de ofertas SPLO-GRP-3332-2015*”, con el objetivo de aumentar la capacidad de transporte para atender la demanda actual y futura.

Lindsayca S.A.S. presentó su oferta bajo la modalidad de promesa de sociedad futura, en los términos del artículo 119 del Código de Comercio. De la sociedad serían accionistas (i) Lindsay C.A., sociedad venezolana con domicilio en El Tigre, Estado Anzoátegui, (ii) Lindsayca Inc., sociedad con domicilio en Austin, Texas y (iii) Lindsayca de Colombia S.A.S., sociedad con domicilio en Bogotá.

En sesión del 23 de septiembre de 2015, la Junta Directiva de TGI S.A. E.S.P. autorizó la contratación con Lindsayca S.A.S., acogiendo la recomendación del comité de contratación y de la presidencia de la empresa.

El 3 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el contrato BOMT n.º 750758, documento que fue redactado en su totalidad por TGI S.A. E.S.P. Además, en concordancia con la cláusula trigésima cuarta del negocio jurídico, a este se le incorporó el anexo n.º 2, sobre seguros y garantías, que regulaba todo lo relacionado con las pólizas de seguros y las coberturas que debía adquirir la contratista Lindsayca S.A.S.

Lindsayca S.A.S. acudió a diferentes aseguradoras del país para adquirir las garantías exigidas; no obstante, todas le negaron la expedición de las pólizas de cumplimiento, con el argumento de existir una imposibilidad de amparar la segunda fase del proyecto sin que se hubiera terminado la cobertura de la etapa inicial, esto es, lo que durara su ejecución y tres meses más, de acuerdo con la cláusula trigésima cuarta del contrato.

Por consiguiente, mediante derecho de petición, Lindsayca S.A.S. solicitó a TGI S.A. E.S.P. que se pronunciara por escrito acerca de la posibilidad y autonomía del contratista para contratar la póliza, y la eventual inclusión de la cláusula de divisibilidad que las aseguradoras exigían para asumir la cobertura. Para ello se requería (i) la modificación del contrato a través de un otrosí, para la inclusión de esta modalidad de garantía y (ii) un comunicado oficial de TGI en el que se aceptara expresamente esta disposición.

El 16 de diciembre de 2015, mediante comunicación n.º 009413, TGI S.A. E.S.P. dio respuesta a las peticiones y comunicaciones formuladas por Lindsayca S.A.S. y por Seguros del Estado S.A. En tal virtud, con este documento se acordó la expedición de la póliza de cumplimiento.

El 30 de diciembre de 2015, Lindsayca S.A.S. remitió, en formato digital, las pólizas de cumplimiento, salarios y prestaciones sociales, de responsabilidad civil extracontractual, y de todo riesgo, construcción y montaje.

El 8 de enero de 2016, TGI S.A. E.S.P. rechazó parcialmente las notas efectuadas por Seguros del Estado S.A., por lo que sugirió su modificación. De esta comunicación, Lindsayca S.A.S. le corrió traslado de forma inmediata a la aseguradora.

El 13 de enero de 2016, Seguros del Estado S.A. manifestó que resultaba imposible acoger las observaciones de TGI S.A. E.S.P.

Entre las partes y la aseguradora se efectuaron múltiples reuniones, con el fin efectuar los ajustes a las garantías, o la posibilidad de que se avalaran las otras modalidades establecidas en el contrato, esto es, la constitución de una fiducia mercantil o un aval bancario.

El 28 de enero de 2016, TGI S.A. E.S.P. remitió un comunicado a Lindsayca S.A.S. en el que adujo el incumplimiento de la obligación de entregar las garantías para su aprobación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato.

El 1º de febrero de 2016, a pesar de lo anterior, Lindsayca S.A.S. remitió a TGI S.A. E.S.P. la póliza de todo riesgo, construcción y montaje para su aprobación.

El 3 de febrero de 2016, TGI S.A. E.S.P. envió otra comunicación en la que insistió en el incumplimiento de Lindsayca S.A.S. de entregar las pólizas para su aprobación.

Finalmente, TGI S.A. E.S.P. dio por terminado el contrato de forma unilateral con el argumento de la que sociedad contratista *“se ha negado a dar cumplimiento a la entrega de las garantías en los términos establecidos en el Contrato, o que constituye un incumplimiento grave del mismo”*.

TGI S.A. E.S.P. no agotó la etapa de arreglo directo, ni de conciliación y, por el contrario, procedió de forma inmediata a la terminación del contrato.

Como fundamentos jurídicos de la demanda, la parte convocante manifestó que la convocada no tenía competencia para declarar terminado de forma unilateral el contrato suscrito, en especial, porque no agotó previamente las etapas de arreglo directo y de conciliación.

1.3. La contestación de la demanda

La sociedad convocada se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de: justa causa para dar por terminado el contrato; terminación ajustada a los términos convenidos; culpa exclusiva de Lindsayca S.A.S.; inexistencia del deber de indemnizar por incumplimiento de Lindsayca S.A.S.; contrato no cumplido, por lo que TGI no está en mora con sus obligaciones e inexistencia del daño reclamado.

La convocada precisó que el contrato celebrado estaba sometido al régimen del derecho privado, razón por la cual el pacto contenido en la cláusula trigésima sexta, en el que se facultaba a las partes a darlo por terminado de forma unilateral por incumplimiento, resultaba ajustado al ordenamiento legal, en especial, al artículo 1602 del Código Civil.

En relación con las garantías, agregó que no se podía pactar la divisibilidad, ya que esa modalidad no estaba contemplada, así como tampoco podía la contratista sustraerse de su obligación de entrega las garantías de la etapa 2.

Afirmó que Lindsayca S.A.S. estaba obligada contractualmente a entregar para su aprobación, dentro de los cinco días siguientes a la firma del contrato, la póliza de cumplimiento, por lo que era aplicable el artículo 1609 del Código Civil en relación con la imposibilidad de imputársele una conducta culposa a TGI S.A. E.S.P.

Finalizó su intervención aduciendo que no existe el daño reclamado por la convocante, toda vez que, en caso de comprobarse que TGI S.A. E.S.P. hubiera incumplido el contrato, el perjuicio no podría corresponder al monto previsible de las utilidades pactadas.

1.4. La demanda de reconvención

La convocada, dentro del término legal, presentó demanda de reconvenición (F. 293 a 385 c. 1) contra Lindsayca S.A.S. en la que se elevaron las siguientes pretensiones:

Primera: Que se declare que Lindsayca S.A.S. incumplió el contrato suscrito entre Lindsayca S.A.S. y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el 3 de diciembre de 2015 bajo la modalidad BOMT (Build, Operate, Mantain & Transfer) distinguido con el número 750758.

Segunda: Que se declare que la terminación del contrato suscrito entre Lindsayca S.A.S. y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el 3 de diciembre de 2015 bajo la modalidad BOMT (Build, Operate, Mantain & Transfer) distinguido con el número 750758 fue realizada por TGI el 9 de febrero de 2016, de acuerdo con lo estipulado en dicho contrato.

Tercera: Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo que ponga fin a este arbitraje, la totalidad de perjuicios derivados de su incumplimiento, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con la valoración efectuada en el capítulo VI, juramento estimatorio y, en subsidio, en el monto que determine el Tribunal, debidamente ajustados de conformidad con la corrección monetaria.

Cuarta. Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, liquidados sobre el monto de los perjuicios a que se refiere la pretensión tercera precedente, a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la fecha en que se dio por terminado el contrato y hasta cuando el pago se realice y, en subsidio, desde la fecha de presentación de esta convocatoria y hasta cuando el pago se realice y, en subsidio de lo anterior, desde la fecha que quede ejecutoriado el laudo arbitral, de conformidad con la liquidación que realice el Tribunal.

Quinta: Que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. –Ecopetro– impusiere, durante la duración del presente Tribunal Arbitral, multa o penalidad alguna a cargo de la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. por no poner a su disposición la ampliación de capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa, se declare que Lindsayca S.A.S. está obligada a atender y/o a reembolsar a la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el monto total de las multas impuestas a, y/o pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

Sexta: Que con relación a las sumas pagadas por Lindsayca S.A.S. a que se refiere la pretensión quinta precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo el monto total de las multas pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., debidamente actualizado de acuerdo con la corrección monetaria, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la

fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. hizo el desembolso a favor de Ecopetrol y hasta cuando el pago se realice.

Séptima: Que con relación a las multas impuestas pero no pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. a que se refiere la pretensión quinta precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagarle Lindsayca S.A.S. (sic), dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. realice el pago, el monto correspondiente a las mismas, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la expiración del plazo fijado y hasta cuando el pago se realice.

Octava: Que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A.-Ecopetrol impusiere, con posterioridad a la duración del presente Tribunal Arbitral, multa o penalidad alguna a cargo de Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., por no poner a su disposición la ampliación de capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa en los términos y en el plazo allí previstos, se declare que Lindsayca S.A.S. está obligada a atender y/o reembolsar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el monto total de las multas impuestas a, y/o pagadas por, Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

Novena: Que con relación a las sumas a que se refiere la pretensión octava precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. realice el pago, el monto correspondiente a las mismas, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la expiración del plazo fijado y hasta cuando el pago se realice.

Décima: Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo que ponga fin a este proceso arbitral, las costas, costos y honorarios del Tribunal Arbitral y agencias en derecho.

TGI S.A. E.S.P. –demandante en reconvención–, como fundamentos fácticos del libelo petitorio, sostuvo que las actividades del contrato serían desarrolladas en dos etapas: la primera, que comenzaría con una orden de inicio y finalizaría con la suscripción del acta de terminación de la misma. Esta no podía sobrepasar el 31 de diciembre de 2016. La segunda, que iniciaría el día calendario siguiente a la fecha de suscripción del acta de terminación de la etapa inicial y se extendería por veinte años, hasta la suscripción del acta de terminación. Durante esta última etapa debían operarse y mantenerse las estaciones de comprensión, para luego restituirse a TGI S.A. E.S.P.

Precisó que en la invitación a contratar se indicó que podían ser garantes del contratista: i) una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, ii) un “*banco aceptable internacional*” o iii) un “*banco aceptable nacional*”. A su vez, las garantías podían consistir en: i) una póliza de seguros, ii) un contrato de fiducia mercantil o iii) una garantía bancaria expedida por una entidad o compañía con las credenciales señaladas.

Frente a las garantías que debían otorgarse para la etapa número uno dijo que eran las siguientes: i) la de cumplimiento, ii) la de pago de salarios y prestaciones sociales, y iii) el seguro de todo riesgo, construcción y montaje. Para la etapa número dos: i) la de cumplimiento, ii) la de pago de salarios y prestaciones sociales, iii) la de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y iv) el seguro de todo riesgo de daños materiales combinados. Además, en ambas etapas debía constituirse una póliza de responsabilidad civil extracontractual.

Las garantías de cumplimiento debían tener una cobertura de USD 10 millones y 5 millones para las etapas uno y dos, respectivamente. De modo que la divisibilidad de las garantías quedó consignada desde la invitación a contratar. Y la etapa 2, que tenía una duración de veinte años, fue dividida en períodos de tres años.

En la invitación a contratar se especificó que la vigencia de la garantía de cumplimiento de la etapa uno debía extenderse durante su duración y tres meses más y, en todo caso, hasta que fuera aceptada la garantía de cumplimiento para la etapa 2.

Puntualizó que Lindsayca S.A.S., en su oferta, se comprometió a constituir y presentar oportunamente las garantías exigidas en la invitación, así como a realizar dentro del plazo fijado los trámites necesarios para la firma y legalización del contrato.

En tal virtud, el 21 de octubre de 2015, TGI S.A. E.S.P. le comunicó a Lindsayca que había sido favorecida con la adjudicación del contrato, bajo los términos de la oferta inicial y de la propuesta mejorada.

Señaló que Lindsayca presentó varias peticiones relacionadas con ajustes al clausulado contractual, sin que en ellas se refiriera a las garantías, por lo que el negocio jurídico se suscribió el 3 de diciembre de 2015.

Manifestó que, de conformidad con la cláusula sesenta y dos del contrato, la garantía de cumplimiento de la primera etapa debía presentarse en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la firma del contrato, y que la omisión de presentación de las mismas para aprobación, constituía un incumplimiento en la ejecución del contrato.

TGI S.A. E.S.P. añadió que el comportamiento de Lindsayca S.A.S. era constitutivo de incumplimiento y, por tanto, le había irrogado un daño consistente en la utilidad neta dejada de percibir en virtud del negocio jurídico, la cual estimaba en \$16.300 millones de pesos, aproximadamente. Además, alegó que podría sufrir otros perjuicios como las eventuales multas que le impusiera Ecopetrol por no atender la demanda de transporte de gas.

1.5. Contestación de la demanda de reconvención

Lindsayca S.A.S. contestó oportunamente la demanda de reconvención. Formuló las excepciones de: i) cobro de lo no debido; ii) ausencia de nexo jurídico entre las obligaciones que pretende cobrar TGI S.A. E.S.P. por su relación contractual con Ecopetrol; iii) culpa de la contratante; iv) falta de competencia de TGI S.A. E.S.P. para terminar el contrato, y v) indivisibilidad de la garantía exigida por TGI S.A. E.S.P. en la cláusula trigésima cuarta del contrato.

Indicó que TGI S.A. E.S.P. fue quien se negó a cumplir con sus obligaciones contractuales, ya que Lindsayca S.A.S. puso a disposición de aquella una garantía emitida por un banco de clasificación 1-A, con una cobertura cercana a los USD 15'000.000 para amparar las obligaciones contractuales.

Manifestó que no tiene ninguna relación contractual con Ecopetrol ni con terceros contratistas de TGI S.A. E.S.P., motivo por el que no se le pueden hacer extensivas u oponibles las relaciones jurídicas negocionales de esta última.

En relación con la garantía, alegó que TGI S.A. E.S.P. no podía invocar su propia culpa para dar por terminado unilateralmente el contrato, toda vez que el hecho de haber establecido la carga de amparar el cumplimiento de las obligaciones de la primera etapa, con una extensión adicional de tres meses más, implicó exigir una garantía inexistente en el mercado colombiano, por lo que vulneró el principio de planeación. Además, la facultad de las entidades públicas para declarar la terminación del contrato deviene de la ley, no del convenio entre las partes, de allí que no existía disposición que facultara a TGI S.A. E.S.P. para dar por terminado, de forma unilateral, el contrato y, como consecuencia, debió acudir al juez del contrato con esa finalidad.

2. El laudo impugnado

El tribunal de arbitramento declaró probadas las excepciones propuestas por TGI S.A. E.S.P. y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de reconvencción, así:

Primero. Declarar, tal como se solicita en la pretensión primera de la demanda principal, que entre LINDSAYCA S.A.S. y la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P., se celebró el Contrato No. 750758.

Segundo. Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P. respecto de la demanda inicial de LINDSAYCA S.A.S., tituladas “justa causa para dar por terminado el Contrato, terminación ajustada a los términos convenidos, culpa exclusiva de LINDSAYCA, inexistencia de daño reclamado por LINDSAYCA, por no haber incumplimiento de TGI no hay obligación de indemnizar”.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, denegar las demás pretensiones de la demanda principal formulada por LINDSAYCA S.A.S. contra la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Cuarto. Declarar infundadas el resto de las excepciones propuestas por la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P. en contra de la demanda formulada por LINDSAYCA S.A.S.

Quinto. Declarar, tal como se solicita en la pretensión primera de la demanda de reconvencción, que LINDSAYCA S.A.S. incumplió el Contrato No. 750758 celebrado con la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Sexto. Declarar, tal como se solicita en la pretensión segunda de la demanda de reconvencción, que la terminación del contrato suscrito entre LINDSAYCA S.A.S. y la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P., se efectuó por ésta última (sic) el 8 de febrero de 2016 de acuerdo con lo estipulado en el Contrato.

Séptimo. Declarar probada la excepción perentoria o de fondo denominada: “cobro de lo no debido”, que fue propuesta por LINDSAYCA S.A.S. en contra de la demanda de reconvencción presentada por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Octavo. Denegar, en consecuencia, las demás pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Noveno. Declarar no probadas el resto de las excepciones propuestas por LINDSAYCA S.A.S. en contra de la demanda de reconvencción presentada por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Décimo. No condenar en costas a las partes.

Décimo primero. Ordenar la liquidación final de las cuentas de este proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida de “gastos del proceso”, para lo cual previamente por el presidente deberá pagarse la contribución especial arbitral a favor de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en la forma y monto previstos en el artículo 382 de la Ley 1819 de 2016.

Décimo segundo. Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

Décimo tercero. Ordenar la expedición de copia auténtica de este laudo a la señora agente del Ministerio Público que actuó en el presente proceso. Igualmente deberá remitirse copia del laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que tome atenta nota de su expedición y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que realice las anotaciones para los efectos legales a que haya lugar.

Décimo cuarto. Remitir el expediente de este proceso al Centro de Arbitraje para que proceda el archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012 (F. 385 a 387 c. ppal.).

El tribunal de arbitramento sostuvo que la sociedad convocante no otorgó la garantía de cumplimiento dentro del término convenido por las partes, el cual había sido prorrogado por TGI S.A. E.S.P., de conformidad con la comunicación del 28 de enero de 2016, en la que se amplió el plazo en diez días calendario para su entrega para aprobación.

Adicionalmente, sostuvo que, el 9 de febrero de 2016, TGI S.A. E.S.P. le comunicó a Lindsayca S.A.S. su decisión de terminar unilateralmente el contrato, porque Seguros del Estado S.A. no admitió modificar el texto de la póliza ofrecida y, de otro lado, porque la carta de crédito *stand by* expedida por el Mercantil Commercebank, entregada por Lindsayca S.A.S. como nueva garantía, no se ajustaba a las especificaciones contractuales, por las siguientes razones: i) no se adjuntó certificación en la que constara que el Mercantil Commercebank contara con una calificación crediticia igual o superior a la nota A/Fitch o A de Moody's, como se establecía expresamente en el negocio jurídico; ii) en el texto no se aclaraba la vigencia de la misma, específicamente en relación con las dos etapas del proyecto, y iii) no se incluía en la póliza que, en caso de incumplimiento, esta se haría efectiva a primer requerimiento o primera demanda.

El Tribunal de Arbitramento, en relación con la demanda principal, arribó a las siguientes conclusiones: i) aunque el plazo para la entrega de las garantías se amplió, no se presentó durante su vigencia una garantía de cumplimiento satisfactoria; ii) al margen de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de las garantías, lo cierto es que estas eran divisibles, tal como lo establecían las normas que regulaban la materia cuando se trata de contratos de duración mayor a cinco años y, por tanto, no existía ningún obstáculo para expedir las garantías de la primera etapa, sin que ello comprendiera la obligación de expedir las de la fase siguiente, y iii) ninguno de

los borradores de las garantías entregadas por Lindsayca S.A.S. cumplía con las exigencias y estipulaciones contractuales.

Ahora bien, frente a la demanda de reconvención, en el laudo se afirmó que el régimen jurídico aplicable al contrato celebrado entre las partes era el de derecho privado, comoquiera que TGI S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos domiciliarios. Además, que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 –modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001– determinó que los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos no se sujetan al Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993), sino a las normas de derecho privado, salvo en los asuntos que esa normativa regule expresamente (v.gr. inhabilidades e incompatibilidades).

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó que la Ley 142 de 1994 establece la posibilidad de que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes. El Tribunal de Arbitramento precisó que cuando este precepto se refiere a los poderes excepcionales, son los que la Ley 80 de 1993 establece como obligatorios en los contratos estatales y que se encuentran enunciados en los artículos 14 a 19 *ibídem*.

Sin embargo, puntualizó que el contrato suscrito no contenía potestades exorbitantes de aquellas establecidas por la Ley 80 de 1993; no obstante, en él sí se pactó una cláusula de terminación unilateral que se ajustaba a los postulados del artículo 1602 del Código Civil y del principio *pacta sunt servanda*. Agregó que la tendencia del derecho contractual contemporáneo es el llamado “unilateralismo”, en virtud del cual se reconoce validez a las cláusulas resolutorias o de terminación por declaración unilateral, sin intervención del juez, también denominadas cláusulas de poder. De allí que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado –Sección Tercera, Subsección C– han reconocido expresamente esa posibilidad, es decir, dar por terminado el contrato de forma unilateral en los negocios jurídicos de régimen exceptuado, sin que esas facultades puedan considerarse actos administrativos, sino potestades contractuales.

En ese orden de ideas, concluyó que TGI S.A. E.S.P. estaba facultada para terminar unilateralmente el contrato, dado que: i) esa facultad se convino de forma expresa en la cláusula trigésima sexta del contrato, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad; ii) el incumplimiento imputable a Lindsayca S.A.S. era de aquellos calificables como esenciales, ya que se trababa del otorgamiento de las garantías necesarias para el cumplimiento del contrato, y iii) el incumplimiento del contrato declarado por TGI S.A. E.S.P. no fue una decisión sorpresiva, arbitraria o caprichosa, sino que le fue anunciada previamente a la sociedad convocante.

Finalmente, en relación con las eventuales indemnizaciones solicitadas por TGI S.A. E.S.P. derivadas del eventual incumplimiento de un contrato suscrito entre esta empresa y Ecopetrol con la finalidad de aumentar la capacidad de transporte de gas, el Tribunal de Arbitramento estableció que el daño reclamado no ostentaba las condiciones de cierto y real. Afirmó que no existía en el expediente prueba que reputara o hiciera presumir el daño invocado por TGI S.A. E.S.P., toda vez que no había certeza de que los perjuicios solicitados se fueran a concretar, ni de que Ecopetrol le hubiere impuesto multas.

Con fundamento en la jurisprudencia arbitral, en el laudo no se hizo efectiva la sanción de que trata el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso –modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014–, relacionada con el juramento estimatorio, por cuanto la misma se refería única y exclusivamente al evento en el cual fuera procedente la condena judicial por concepto de perjuicios y se advirtiera el exceso señalado, esto es, cuando el monto de los perjuicios solicitados excediera del cincuenta por ciento de aquellos que fueron probados en el proceso. De allí que casos como el analizado, en el que las pretensiones de condena de la demanda de reconvención no prosperaron, no era posible imponer la mencionada consecuencia.

Por último, el Tribunal de Arbitramento se abstuvo de condenar en costas a las partes, por considerar que para su condena era viable definir si la conducta de estas se había o no ajustado a los mandatos de la buena fe y lealtad procesal.

3. Recurso de anulación

Lo interpuso la parte convocada –demandante en reconvención– para controvertir el laudo, con apoyo en la causal contemplada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012¹.

¹*Son causales del recurso de anulación:*

(...)

9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

El apoderado judicial de TGI S.A. E.S.P., luego de un extenso análisis conceptual, doctrinal y jurisprudencial sobre la causal de anulación invocada, el deber de motivación de las providencias judiciales y el principio procesal de congruencia, estructuró el recurso de anulación a partir del siguiente razonamiento:

El Tribunal de Arbitramento varió el marco que TGI S.A. E.S.P. había fijado en la demanda de reconvencción y sustituyó los contornos esenciales del proceso, ya que se apartó de su contenido.

En el laudo no se hizo referencia a las pretensiones 3 y 4 de la demanda de reconvencción, lo que supuso un quebrantamiento del principio de congruencia. Estas pretensiones se referían a los perjuicios patrimoniales –en las modalidades de daño emergente y lucro cesante– que se llegaren a demostrar por no haberse dado cumplimiento a las obligaciones contractuales a cargo de Lindsayca, mientras que las pretensiones 5 a 9 procuraban la eventual indemnización de perjuicios derivados de la imposición de multas por Ecopetrol.

En el acápite 2.1.2. del laudo se analizaron las eventuales indemnizaciones solicitadas, pero el estudio de fondo estuvo limitado a las pretensiones 5 a 9 de la demanda de reconvencción, por lo que se omitió el estudio de la 3 y la 4, tal como se puntualizó.

En el laudo se afirmó expresamente que las pretensiones de TGI se contraían a solicitar que se declarara que, en el evento en que Ecopetrol impusiere durante la duración del trámite arbitral o luego de su finalización multa o penalidad alguna, Lindsayca estaría obligada a reembolsarle el monto total de ellas con su correspondiente actualización. Como se advierte, la expresión “*contraerse*” empleada por los árbitros hace referencia a “*reducir el discurso a una idea, a un solo punto*”.

4. Oposición de la convocante

Adujo que el recurso de anulación es temerario, por cuanto el Tribunal de Arbitramento sí resolvió de forma clara y precisa todos los asuntos de hecho y de derecho sometidos a su consideración, tal como se desprende de la lectura del Acta n.º 17 del 30 de noviembre de 2017, mediante la cual se resolvieron las solicitudes de aclaración y adición.

Si bien el laudo estableció que Lindsayca incumplió el contrato celebrado entre las partes, lo cierto es concluyó que no había lugar a imponer condena alguna por ausencia de prueba de la existencia, magnitud y concreción del perjuicio reclamado, motivo por el cual las pretensiones de condena fueron denegadas.

Como consta en la página 58 del laudo, el Tribunal acogió el concepto del Ministerio Público, conforme al cual TGI S.A. E.S.P., al dar por terminado el contrato con Lindsayca S.A.S., no alegó ni demostró la existencia de perjuicio alguno, ni emitió pronunciamiento que pudiera ser conocido o controvertido por esa sociedad en relación con ese aspecto, además, en el contrato celebrado entre las partes nunca se hizo alusión a la existencia de un contrato relacionado con el transporte de gas entre la primera sociedad y Ecopetrol.

Puntualizó que existe una total y evidente desconexión entre los hechos de la demanda y los fundamentos del recurso de anulación, todo con el fin de mostrar una serie de inconformidades con la apreciación que de los hechos hizo el Tribunal de Arbitramento al momento de fallar.

5. Posición del Ministerio Público en el trámite arbitral

La Procuradora Delegada ante el Tribunal de Arbitramento, durante el término de traslado del recurso, solicitó que se denegara el recurso de anulación, por las siguientes razones:

No se advierte ningún tipo de incongruencia en el laudo, ya que al hacer la comparación entre lo pretendido en la demanda de reconvención y lo excepcionado, con lo resuelto, se evidencia que todas las cuestiones sujetas a la decisión de los árbitros fueron resueltas tanto en la parte motiva como en la resolutive.

El Tribunal de Arbitramento partió del estudio de la prueba del daño o perjuicio pretendido mediante la demanda de reconvención, para concluir que este no era cierto ni real, condiciones necesarias para que se pudiera acceder a las súplicas formuladas.

6. Trámite del recurso de anulación

El expediente llegó a esta Corporación el 21 de febrero de 2018 (F. 479 c. ppal.) y mediante auto del 8 de marzo del mismo año, la Consejera Ponente puso en consideración de la Subsección el posible impedimento por existir amistad íntima con uno de los árbitros (F. 480 c. ppal.), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 141 del Código General del Proceso. La Sala, en providencia del 21 de junio de la misma anualidad, declaró infundado el impedimento y ordenó remitir el expediente de nuevo al despacho para continuar el trámite correspondiente.

Posteriormente, mediante auto del 16 de agosto de 2018, la Consejera Ponente remitió el expediente al Despacho del Consejero de Estado Carlos Alberto Zambrano Barrera por compensación (F. 491 c. ppal.); sin embargo, el señor Magistrado lo devolvió mediante auto del 5 de octubre del mismo año (F. 493 c. ppal.).

En tal virtud, en auto del 5 de diciembre de 2018 se avocó el conocimiento del recurso extraordinario de anulación y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público (F. 495 a 496 c. ppal.).

El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso

Se tiene que el recurso reúne los requisitos de oportunidad y de forma consagrados en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que fue presentado y sustentado ante el Tribunal Arbitral (F. 402 a 450 c. ppal.), con indicación de la causal invocada y dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la providencia que resolvió sobre la solicitud de adición del laudo arbitral². En relación con el cómputo de plazos señalados en días, el artículo 118 de la Ley 1564 de 2012 “CGP” determina: “*En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado*”.

² En efecto, se advierte que la notificación de la decisión que resolvió la solicitud de adición se surtió el 30 de noviembre de 2017 (F. 396 a 400 del c. ppal), por lo que la parte convocada tenía hasta el 17 de enero de 2018 para interponer el recurso extraordinario de anulación, y como el recurso que aquí se estudia se presentó ante la Secretaría del Tribunal de Arbitramento el 17 de enero de 2018 (F. 402 del c.ppal), se concluye que se formuló en oportunidad, toda vez que los días 8 y 25 de diciembre de 2017 fueron feriados, así como el 1º y 8 de enero de 2018.

2. Régimen legal aplicable

La Ley 1563 del 12 julio de 2012³ es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició después de la expedición del referido estatuto⁴, por manera que el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento.

Así lo consideró la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de unificación de su jurisprudencia, a través de la cual señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563⁵.

3. Jurisdicción y competencia

El artículo 149.7 de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” prevé que el Consejo de Estado, por medio de sus Secciones, Subsecciones o Salas Especiales, conocerá en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de la norma que rige la materia⁶.

En este caso, se advierte que el objeto de la presente controversia tiene relación con el contrato BOMT n.º 750758 celebrado entre las partes, y que tuvo por objeto que: *“el propietario, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se compromete mediante la modalidad BOMT (build, operate, mantain & transfer), al diseño, procura, instalación,*

³ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé en relación con la vigencia del Estatuto Arbitral: “Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”.

⁴ La demanda arbitral se presentó el 7 de abril de 2017.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Toda vez que el proceso arbitral se inició en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional - Ley 1563 de 2012-, el procedimiento aplicable al presente asunto es el consagrado en la referida normativa.

construcción, montaje, precomisionamiento, comisionamiento, operación, mantenimiento y la transferencia de la empresa, a la terminación del contrato, de la estación de compresión de gas Paratebuena (Cundinamarca), sobre el gasoducto Cusiana-Apiay y la estación de compresión de gas de Villavicencio (Meta), sobre el gasoducto Apiay-Villavicencio-Ocoa...”.

En ese sentido, dado que la sociedad Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. “TGI S.A. E.S.P.” es una empresa de servicios públicos con capital mayoritario de la Empresa de Energía de Bogotá –sociedad matriz–, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁷ y el numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011⁸, se concluye que la competencia para conocer del presente asunto corresponde a esta Sección⁹.

4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado en su jurisprudencia se ha referido a la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias¹⁰, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

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

⁷ Artículo 46. Competencia. Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.

Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

⁸ Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...).

7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.

⁹ La Sección Tercera conoce de los procesos de nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales (Reglamento del Consejo de Estado, proferido por la Sala Plena de esta Corporación, mediante Acuerdo 58 de 1999, distribuyó los negocios de los cuales conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo entre sus respectivas Secciones, atendiendo a un criterio de especialización y de volumen de trabajo; modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003).

¹⁰ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede atacarse el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando*, es decir, para examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso; el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra¹¹; como consecuencia, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación¹².

v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

*rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados*¹³.

vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa y que a la vez deben tener correspondencia con aquellas causales que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley – artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

5. Análisis de la causal de anulación invocada en el caso concreto

“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento – numeral 9, artículo 41 Ley 1563 de 2012”.

Análisis de la causal: el artículo 41 de la Ley 1563, en su numeral 9, recoge en una sola las causales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En efecto, la causal octava aludía a la anulación del laudo por haber recaído *“sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”*, mientras que la novena consagraba como causal de anulación el *“no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

Según se observa, la primera parte del contenido de la novena causal hace referencia a los laudos que hubieren recaído: (i) sobre aspectos no sujetos al arbitramento y (ii) haber concedido más de lo pedido.

La Sala se pronunció respecto de la causal novena de anulación del laudo, relativa a los fallos *infra o citra petita*, lo cual ratifica la Sala en esta ocasión, en relación con uno de los apartes del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012: *“... encuentra su razón de ser en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las sentencias deben ‘contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando*

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada por esta Subsección en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.

proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código”¹⁴.

En repetidas oportunidades esta Corporación se ha referido al principio de congruencia, de conformidad con los dictados de los artículos 304 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como uno de los orientadores de las decisiones judiciales, lo cual tiene plena vigencia a la luz de lo dispuesto por el Código General del Proceso (artículos 280 y 281). Sobre este principio expresó la Sala de Sección:

En efecto, el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones y hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones en una oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia. El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma, de acuerdo con dispuesto en los artículos 137, 143, 170 y 208 del Código Contencioso Administrativo.

Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de ‘la congruencia de las sentencias’, reglado por el Código de Procedimiento, el cual atañe con la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente¹⁵.

En la actualidad este principio se encuentra consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32.896.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006, exp. 15.898, M.P. Alier E. Hernández E.

que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio...

Entonces, puede afirmarse que la actual causal novena de anulación se configura cuando el laudo arbitral presenta alguna de las siguientes situaciones:

i) Haber recaído sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas al arbitramento, bien porque se trataba de asuntos que no eran de libre disposición o porque no estaban autorizados por la ley.

En relación con este punto debe precisarse que antes de la expedición de la Ley 1285 de 2009, la cual modificó la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia– el ordenamiento jurídico exigía de manera expresa que el pacto arbitral a través del cual las partes convenían que la solución de sus controversias se sometiera a un “*Tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral*”¹⁶, tuviera como objeto la solución de conflictos de carácter transigible, exigencia que dejó de tener vigor en el marco de las normas legales vigentes, puesto que ese presupuesto para acudir a la justicia arbitral desapareció del ordenamiento jurídico¹⁷.

De modo que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 exige en la actualidad que los asuntos sometidos a arbitramento sean “de libre disposición”.

¹⁶ Así lo preveían el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, compilado en el inciso 1º del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, disposiciones estas derogadas de manera expresa por la Ley 1563 de 2012.

¹⁷ Sobre el punto puede verse el análisis desarrollado en el siguiente pronunciamiento: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, exp. 52.552, M.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

ii) Haberse pronunciado sobre asuntos no incluidos en la demanda arbitral o en su respuesta.

iii) No haberse referido a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, como tampoco a las excepciones que aparezcan probadas y que, hubieren sido alegadas, en los eventos en los que la ley lo exige.

De acuerdo con lo antes expuesto, constituye tarea del juez del recurso de anulación, en relación con la alegada causal, efectuar la comparación de lo decidido en el laudo arbitral, a la luz de los hechos y las pretensiones de la demanda, así como de las excepciones que hubieren sido alegadas o que hubieren sido probadas, de conformidad con la ley.

De lo anterior, se advierten tres limitaciones en la competencia de los árbitros que activan la causal de anulación estudiada, esto es: i) que el laudo recaiga sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitramento, contrariando con ello la Constitución y la ley; ii) que se aborden asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los árbitros, en vista de que el compromiso o cláusula compromisoria limitó su competencia a ciertos aspectos de la relación contractual, y iii) que se exceda o se restrinja la relación jurídico procesal delimitada por la demanda y su contestación, violando el principio de congruencia.

Frente al último aspecto, la causal se configura cuando se contraría el principio de congruencia, que se encuentra consagrado en el artículo 281 del CGP, mediante el cual se garantiza la coherencia que debe existir entre i) los hechos y las pretensiones de la demanda, al igual que las excepciones alegadas y ii) lo resuelto en la sentencia, de modo que esta debe enmarcarse dentro de aquellos, es decir, no puede sobrepasarlos o recortarlos, ya que hacerlo implicaría proferir un fallo *extra, ultra o citra (infra) petita*.

La convocada invocó la causal de anulación de incongruencia del laudo porque, en su criterio, el laudo arbitral es incongruente –por defecto *citra* o *infra petita*– dado que el tribunal, en su criterio, dejó de resolver las pretensiones 3 y 4 de la demanda de reconvención, relacionadas con los perjuicios materiales de daño emergente y lucro cesante derivados del incumplimiento contractual atribuible a Lindsayca S.A.S.

En su criterio, el Tribunal de Arbitramento solo resolvió las pretensiones de condena 5ª a 9ª de la demanda de reconvención, que tenían que ver con las posibles multas que le

impusiera Ecopetrol a TGI S.A. E.S.P., por no tener la capacidad de transporte de gas acordada entre las partes.

La sociedad convocante manifestó que, contrario a lo aducido por la convocada, el laudo sí resolvió todas y cada una de las súplicas formuladas por esta, toda vez que estableció que ninguno de los daños alegados era cierto y real, con independencia de que se hubiera declarado el incumplimiento del contrato.

Problema jurídico: *¿El laudo vulnera el principio de congruencia porque dejó de resolver las pretensiones 3 y 4 de la demanda de reconvención, relacionadas con los posibles daños y perjuicios derivados del incumplimiento atribuible a Lindsayca S.A.S.?*

5.1.5. Análisis de la Sala:

La Sala advierte, a diferencia de lo sostenido por la sociedad recurrente, que los árbitros se pronunciaron sobre la totalidad de las pretensiones declarativas y de condena contenida en el escrito de demanda de reconvención, por lo que no existió un fallo *citra* o *infra petita*.

En efecto, analizadas las pretensiones, excepciones y los hechos probados sobre los que versó la *litis* decidida por el laudo impugnado, no se observa la incongruencia referida por TGI S.A. E.S.P., esto es, que el laudo hubiera dejado de decidir sobre cuestiones que sí fueron sometidas al arbitramento.

Al respecto, basta con comparar las pretensiones elevadas en la demanda de reconvención -las cuales versaron esencialmente sobre (i) la declaratoria de incumplimiento de Lindsayca; (ii) la declaratoria de terminación del contrato suscrito entre las partes, y (iii) la condena de perjuicios materiales derivada del incumplimiento, en lo que tiene que ver con la utilidad esperada, las posibles multas impuestas por Ecopetrol y los intereses moratorios— con la parte resolutive del laudo arbitral en la cual se accedió parcialmente a dichas peticiones, para concluir que existe correspondencia entre lo requerido por la convocante y lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento.

Con propósitos exclusivamente metodológicos, la Sala realizará un cuadro comparativo entre las pretensiones de la demanda de reconvención y la parte resolutive del laudo, en el que se puede evidenciar su congruencia:

Pretensiones de la demanda de reconvencción	Parte resolutive del laudo arbitral
<p><i>Primera: Que se declare que Lindsayca S.A.S. incumplió el contrato suscrito entre Lindsayca S.A.S. y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el 3 de diciembre de 2015 bajo la modalidad BOMT (Build, Operate, Mantain & Transfer) distinguido con el número 750758.</i></p> <p><i>Segunda: Que se declare que la terminación del contrato suscrito entre Lindsayca S.A.S. y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el 3 de diciembre de 2015 bajo la modalidad BOMT (Build, Operate, Mantain & Transfer) distinguido con el número 750758 fue realizada por TGI el 9 de febrero de 2016, de acuerdo con lo estipulado en dicho contrato.</i></p> <p><i>Tercera: Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo que ponga fin a este arbitraje, la totalidad de perjuicios derivados de su incumplimiento, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con la valoración efectuada en el capítulo VI, juramento estimatorio y, en subsidio, en el monto que determine el Tribunal, debidamente ajustados de conformidad con la corrección monetaria.</i></p> <p><i>Cuarta. Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, liquidados sobre el monto de los perjuicios a que se refiere la pretensión tercera precedente, a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la fecha en que se dio por terminado el contrato y hasta cuando el pago se realice y, en subsidio, desde la fecha de presentación de esta convocatoria y hasta cuando el pago se realice y, en subsidio de lo</i></p>	<p>Primero. Declarar, tal como se solicita en la pretensión primera de la demanda principal, que entre LINDSAYCA S.A.S. y la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P., se celebró el Contrato No. 750758.</p> <p>Segundo. Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P. respecto de la demanda inicial de LINDSAYCA S.A.S., tituladas “justa causa para dar por terminado el Contrato, terminación ajustada a los términos convenidos, culpa exclusiva de LINDSAYCA, inexistencia de daño reclamado por LINDSAYCA, por no haber incumplimiento de TGI no hay obligación de indemnizar”.</p> <p>Tercero. Como consecuencia de lo anterior, denegar las demás pretensiones de la demanda principal formulada por LINDSAYCA S.A.S. contra la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.</p> <p>Cuarto. Declarar infundadas el resto de las excepciones propuestas por la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P. en contra de la demanda formulada por LINDSAYCA S.A.S.</p> <p>Quinto. Declarar, tal como se solicita en la pretensión primera de la demanda de reconvencción, que LINDSAYCA S.A.S. incumplió el Contrato No. 750758 celebrado con la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.</p> <p>Sexto. Declarar, tal como se solicita en la pretensión segunda de la demanda de reconvencción, que la terminación del contrato suscrito entre LINDSAYCA S.A.S. y la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P., se efectuó por ésta última (sic) el 8 de febrero de 2016 de acuerdo con lo estipulado en el Contrato.</p> <p>Séptimo. Declarar probada la excepción</p>

anterior, desde la fecha que quede ejecutoriado el lado arbitral, de conformidad con la liquidación que realice el Tribunal.

Quinta: Que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. –Ecopetrol– impusiere, durante la duración del presente Tribunal Arbitral, multa o penalidad alguna a cargo de la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. por no poner a su disposición la ampliación de capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa, se declare que Lindsayca S.A.S. está obligada a atender y/o a reembolsar a la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el monto total de las multas impuestas a, y/o pagadas por, Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

Sexta: Que con relación a las sumas pagadas por Lindsayca S.A.S. a que se refiere la pretensión quinta precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo el monto total de las multas pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., debidamente actualizado de acuerdo con la corrección monetaria, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. hizo el desembolso a favor de Ecopetrol y hasta cuando el pago se realice.

Séptima: Que con relación a las multas impuestas pero no pagadas por Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. a que se refiere la pretensión quinta precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagarle Lindsayca S.A.S. (sic), dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A.

perentoria o de fondo denominada: “cobro de lo no debido”, que fue propuesta por LINDSAYCA S.A.S. en contra de la demanda de reconvención presentada por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Octavo. Denegar, en consecuencia, las demás pretensiones de la demanda de reconvención presentada por la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Noveno. Declarar no probadas el resto de las excepciones propuestas por LINDSAYCA S.A.S. en contra de la demanda de reconvención presentada por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.

Décimo. No condenar en costas a las partes.

Décimo primero. Ordenar la liquidación final de las cuentas de este proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida de “gastos del proceso”, para lo cual previamente por el presidente deberá pagarse la contribución especial arbitral a favor de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en la forma y monto previstos en el artículo 382 de la Ley 1819 de 2016.

Décimo segundo. Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

Décimo tercero. Ordenar la expedición de copia auténtica de este laudo a la señora agente del Ministerio Público que actuó en el presente proceso. Igualmente deberá remitirse copia del laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que tome atenta nota de su expedición y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que realice las anotaciones para los efectos legales a que haya lugar.

Décimo cuarto. Remitir el expediente de este proceso al Centro de Arbitraje para que proceda el archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley

E.S.P. realice el pago, el monto correspondiente a las mismas, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la expiración del plazo fijado y hasta cuando el pago se realice.

1563 de 2012

Octava: Que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A.-Ecopetrol impusiere, con posterioridad a la duración del presente Tribunal Arbitral, multa o penalidad alguna a cargo de Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., por no poner a su disposición la ampliación de capacidad de transporte de los gasoductos Cusiana-Apiay y Apiay-Villavicencio-Ocoa en los términos y en el plazo allí previstos, se declare que Lindsayca S.A.S. está obligada a atender y/o reembolsar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. el monto total de las multas impuestas a, y/o pagadas por, Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

Novena: Que con relación a las sumas a que se refiere la pretensión octava precedente, se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. realice el pago, el monto correspondiente a las mismas, junto con sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana, calculados desde la expiración del plazo fijado y hasta cuando el pago se realice.

Décima: Que se condene a Lindsayca S.A.S. a pagar a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el laudo que ponga fin a este proceso arbitral, las costas, costos y honorarios del Tribunal Arbitral y agencias en derecho.

Al realizar el anterior cotejo, se concluye que el laudo accedió parcialmente a las súplicas de la demanda de reconvención. En efecto, en el ordinal 5º declaró el incumplimiento de la convocante Lindsayca S.A.S. y en el ordinal 6º estableció la validez de la terminación unilateral del contrato decretada por TGI S.A. E.S.P. No obstante, se abstuvo de declarar patrimonial y contractualmente responsable a la convocante, puesto que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido en el ordinal 7º y en el 8º denegó todas las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

Ahora bien, para llegar a la conclusión de que se imponía la negativa de las pretensiones de condena, el Tribunal de Arbitramento efectuó el siguiente razonamiento en la parte motiva del laudo:

*Las pretensiones de TGI sobre este particular prácticamente **se contraen** a solicitar que se declare que, en el evento en que la Empresa Colombiana de Petróleos S.A.-Ecopetrol impusiera, durante la ejecución del presente Tribunal Arbitral o luego de su finalización, multa o penalidad alguna a cargo de TGI por no poner a disposición la ampliación de la capacidad de transporte de los gaseoductos de (...), Lindsayca está obligada a reembolsarle el monto de todas ellas con su actualización, de acuerdo con la corrección monetaria, junto con sus intereses moratorios.*

Para dar comienzo a este asunto el Tribunal ratifica la presencia de incumplimiento del contrato a cargo de Lindsayca y, de otro lado, según se acaba de ver, que la TGI sí estaba facultada de acuerdo con lo convenido en el contrato (cláusula trigésima sexta numeral 4) para declarar, de manera unilateral, su terminación, por el aludido incumplimiento, concretado en el no otorgamiento de la garantía de cumplimiento prevista para la Etapa 1, procura, construcción y pruebas.

No sobra advertir, entonces, que el Tribunal Arbitral comparte la conclusión a la que llegó la agente del Ministerio Público, para quien el incumplimiento contractual de Lindsayca constituyó título jurídico idóneo y una justa causa para haber dado por terminado el contrato de forma unilateral por parte de TGI.

Remirado lo anterior, el problema jurídico que corresponde absolver a continuación, consiste en establecer si el incumplimiento de las obligaciones de Lindsayca debe derivar en una condena a indemnizar los hipotéticos perjuicios causados a su contraparte.

(...) El punto de partida será, en todo caso, la existencia de un contrato, elemento que se da acá, toda vez que nítidamente se ha constatado, y no ha sido repudiado por las partes, la concreción de voluntad plasmada en el contrato No. 750758 celebrado entre TGI y la sociedad Lindsayca, documento que, además, obra en el expediente (...).

En todo caso no sobra advertir que para que pueda hablarse de responsabilidad contractual, es menester la previa existencia de un contrato válido, que haya sido perfeccionado por el consentimiento de las partes, y que por ende obliga al cumplimiento de lo pactado, como también su desatención origina la correspondiente responsabilidad del pago de daños y perjuicios, si los hubiere.

Prosiguiendo con nuestro análisis, se puede señalar que también concurriría la segunda condición citada por la jurisprudencia, toda vez que hubo incumplimiento de deber u obligación contractual por Lindsayca, por lo que remataría constatar, por último, que ese incumplimiento haya producido un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige responsabilidad, en este caso TGI.

(...) Ciertamente no existe en el expediente prueba alguna que repute o haga presumir el daño y el respectivo perjuicio que reclama TGI; al contrario, no existe certeza de que los mismos se vayan a originar, no su fecha de supuesta concreción, como tampoco que se hayan concretado las eventuales multas diarias impuestas por Ecopetrol hasta cuando aquí la demandante en reconvencción cuente con la capacidad de transporte de gas ampliada.

En consecuencia el alegado daño, que no se probó, no puede ser indemnizado, y conduce por lógica, a que se deban negar las pretensiones a este respecto impetradas en la demanda de reconvencción (...).

Por las razones expuestas, se concluye que, si bien existió un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Lindsayca y, por ende, TGI obedeció a una justa causa, la ausencia probatoria a este respecto hace inviable estas pretensiones de condena, y la indemnización de los perjuicios que la demandante en reconvencción señala haber sufrido o a futuro sufrirá con ocasión del incumplimiento de Lindsayca. En consecuencia, y como se referirá en la parte resolutive del presente laudo, no habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la demandada en reconvencción (F. 377 a 381 c. ppal. – negrilla adicional).

Uno de los argumentos expuestos en el recurso de anulación es el uso o empleo del verbo “contraer” por parte del Tribunal de Arbitramento, lo cual, en criterio de la sociedad recurrente, sería indicativo de que el análisis de responsabilidad contenido en el laudo solo versó respecto de las pretensiones 5 a 9 de la demanda de reconvencción, las cuales se referían al pago de las multas que llegare a imponer Ecopetrol a TGI.

Según el Diccionario de la Lengua Española, la expresión “contraer” efectivamente significa traer, unir y reducir el discurso a una sola idea, a un solo punto, por lo que pudo dar a equívocos al ser empleada. Sin embargo, lo que debe analizarse en sede de la causal de anulación de incongruencia es si el laudo dejó de resolver cuestiones que estaban sujetas a la decisión de los árbitros.

En el caso concreto, la Sala concluye que de la lectura plena del acápite 2.1.2., titulado “*pretensiones relacionadas con eventuales indemnizaciones*” y cuyos apartes fueron transcritos anteriormente, se puede concluir sin duda alguna que el Tribunal de Arbitramento sí analizó la existencia del daño alegado en las pretensiones 3 y 4 de la demanda de reconvención.

En efecto, el laudo es enfático en señalar que no existe prueba que repute o haga presumir el daño y los perjuicios solicitados por TGI y agrega expresamente “*como tampoco que se hayan concretado las eventuales multas diarias impuestas por Ecopetrol...*”. De lo anterior se advierte sin mayores esfuerzos hermenéuticos que, al momento de analizar la existencia del daño, así como su magnitud, el Tribunal no solo estaba razonando en relación con las multas, sino respecto de los demás daños alegados o, de lo contrario, no hubiera usado la expresión “*como tampoco*”.

Además, TGI S.A. E.S.P. pidió la adición y aclaración del laudo arbitral, motivo por el cual se profirió el auto n.º 24 contenido en el acta n.º 17 del 30 de noviembre de 2017. En esta oportunidad, el Tribunal Arbitral afirmó que el análisis efectuado comprendió la totalidad de los daños y perjuicios solicitados en la demanda de reconvención, tanto así que se acogió el planteamiento del Ministerio Público, para quien al margen del incumplimiento probado, que habilitó la terminación del contrato, no se demostraron los daños y perjuicios supuestamente sufridos (F. 396 a 400 c. ppal.).

En tal virtud, no se advierte que el tribunal hubiera variado la *causa petendi* de la demanda o los demás hechos alegados por las partes del proceso, puesto que hizo énfasis en la ausencia de pruebas que permitieran dar por acreditados los perjuicios solicitados en el escrito de reconvención, relacionados con la utilidad esperada del contrato BOMT n.º 750758, así como las eventuales multas que llegare a imponer Ecopetrol, los cuales fueron cuantificados de forma razonada en el juramento estimatorio.

Por consiguiente, al margen de que se hubiera declarado el incumplimiento de la convocante por no haber entregado las garantías en los términos y plazos pactados en el contrato, lo cierto es que el Tribunal de Arbitramento sí resolvió todas las cuestiones sometidas a su decisión, por cuanto en relación con las pretensiones de condena no se encontró acreditada la existencia del daño alegado por la convocada.

Analizadas en conjunto las pretensiones, la *causa petendi*, así como las excepciones y demás razones de defensa esgrimidas por la convocada a lo largo del trámite arbitral, considera la Sala que carecen de justificación los argumentos del cargo por lo que se declarará infundado el recurso.

6. Costas y agencias en derecho

El inciso quinto del artículo 43 de la ley 1563 de 2012 dispone que si ninguna de las causales de anulación prospera, se debe declarar infundado el recurso y condenar en costas al recurrente, salvo que el este sea Ministerio Público.

Como consecuencia, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de la aprobación mediante auto, de acuerdo con el procedimiento del artículo 366 del Código General del Proceso.

Para ello, en relación con las agencias en derecho, se advierte que se entienden causadas por la actuación que tuvo que desplegar la parte convocante frente a los recursos de anulación, las cuales se fijan en la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, teniendo en cuenta las reglas previstas por el artículo 188 del C.P.A.C.A, el artículo 366 (numeral 4) del C.G.P. y las tarifas establecidas por el artículo quinto (numeral 9) del Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral del 21 de noviembre de 2017.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la sociedad Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. "TGI S.A. E.S.P". Por Secretaría de la Sección, líquídense e inclúyase, por concepto de

agencias en derecho, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

TERCERO. En firme esta providencia, DEVOLVER el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA