

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil dieciocho (2018).
Radicación número: 11001 03 26 000 2017 00066 00 (59270)
Actor: TRANSGAS DE OCCIDENTE S.A.
Demandado: TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. Y OTRO
Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA)
Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

RECURSO DE ANULACIÓN-No constituye un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES-No es una segunda instancia. CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-Fallo en conciencia o equidad debiendo ser en derecho. CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563-No es procedente valorar el mérito que le dio el Tribunal Arbitral al acervo probatorio. FALLO EN CONCIENCIA O EQUIDAD-No se configura en los eventos en que no se relacionan algunas pruebas.

La Sala decide el recurso de anulación interpuesto por Transgas de Occidente S.A., en contra del laudo de 28 de febrero de 2017, en el que accedió parcialmente a las pretensiones.

SINTESIS DEL CASO

El convocante interpuso recurso de anulación en contra del laudo del 28 de febrero de 2017, proferido por el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las diferencias con ocasión del contrato DIJ-738 de 1995, celebrado entre Transgas de Occidente S.A. y Ecopetrol y cedido a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

ANTECEDENTES

I. El contrato

El 22 de febrero de 1995, Transgas de Occidente S.A. y Ecopetrol celebraron el contrato DIJ-738 cuyo objeto era la construcción, operación, mantenimiento y transferencia del dominio de un gasoducto para el transporte de gas natural entre los municipios de Mariquita y Cali a cambio del pago de una tarifa mensual. Posteriormente, el contrato fue cedido a la Empresa Colombiana de Gas S.A. E.S.P. y el 3 de marzo de 2007 esta, a su vez, lo cedió a Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

II. Pacto arbitral

Las partes acordaron pacto arbitral en la cláusula 53 del contrato DIJ-738 de 1995:

III. La demanda arbitral

El 29 de diciembre de 2014, Transgas de Occidente S.A. presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de solucionar las diferencias surgidas con Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., en relación con el contrato DIJ-738 de 1995.

En apoyo de las pretensiones, la convocante afirmó que entre los años 2010 y 2012 tuvo lugar el Fenómeno de la Niña el cual ocasionó inundaciones, socavaciones y deslizamientos en las zonas del gasoducto circunstancia que la obligó a realizar obras que no estaban contempladas en los planes de mantenimiento anual definidos en el contrato.

IV. Integración del Tribunal de Arbitramento y admisión de la demanda

El 22 de julio de 2015 se celebró la **audiencia de instalación** del Tribunal de Arbitramento, se admitió la demanda y se ordenó su notificación personal.

V. La oposición de la convocada

Transportadora de Gas Internacional S.A. – E.S.P.-, en la **contestación a la demanda**, se opuso a las pretensiones por falta de fundamento legal y contractual y ausencia de daño antijurídico.

El 9 de diciembre de 2015, el Tribunal vinculó a Ecopetrol S.A., como litisconsorte necesario por pasiva, quien esgrimió falta de jurisdicción y competencia, ausencia de responsabilidad, improcedencia del reconocimiento económico y caducidad de la acción.

VI. El laudo arbitral recurrido

El 28 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral dictó el laudo que se recurre. Consideró que si bien en los años 2010 a 2012 se presentó un Fenómeno de la Niña de carácter extraordinario y anormal, la ejecución de obras de diversa índole, en el Gasoducto Mariquita – Cali objeto del Contrato DIJ-738, debían ser asumidas por el contratista por tratarse de eventos de fuerza mayor, de acuerdo con lo pactado.

VII. La impugnación

El convocante en el recurso de anulación propuso la causal del numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Las razones del recurso, oposición y análisis de la causal se hará en la parte considerativa de esta providencia.

CONSIDERACIONES

Competencia

1. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación, de conformidad con el artículo 104 numeral 7º de la Ley 1437 de 2011, porque el laudo arbitral fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del Contrato DIJ-738 de 1995, en el cual una de las partes es una entidad pública.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se configura la causal del recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral prevista en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

El recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales

2. El recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia en la que se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del litigio. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria¹.

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2006, Rad. 29.476 [fundamento jurídico 2.3.]

Único cargo: “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” (Numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012).

Sustentación

El recurrente esgrimió que el Tribunal Arbitral profirió un fallo dictado en conciencia al omitir pruebas válidamente practicadas en el proceso que resultaban esenciales y determinantes para proferir la decisión en derecho.

Oposición

Transportadora de Gas Internacional S.A. –E.S.P.- expuso que la decisión del Tribunal fue en derecho dado que tuvo fundamento normativo, que las pruebas alegadas por el recurrente eran notoriamente impertinentes, inconducentes y superfluas y que el laudo negó las pretensiones no por falta de pruebas o porque no hubiera apreciado unos determinados elementos probatorios, sino por la inexistencia de fundamentos normativos y contractuales.

Ecopetrol S.A. indicó que el Tribunal de Arbitramento fundó su decisión en la normativa legal aplicable al asunto y en la valoración y análisis de las pruebas que se allegaron oportunamente al proceso.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se opuso al recurso de anulación con fundamento en que el laudo no se apartó del derecho, que la causal alegada no aparece manifiesta y que lo que se busca es un nuevo estudio del caso.

El Ministerio Público conceptuó que la causa invocada por el recurrente no tiene vocación de prosperidad porque el laudo fue proferido en derecho y que lo que se está buscando es una nueva valoración probatoria que se ajuste a las pretensiones.

Análisis de la Sala

3. La causal referida, contenida en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, hace referencia a haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

El fallo en conciencia no lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada².

A su vez, el fallo en derecho se apoya en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los principios que integran el ordenamiento jurídico y que constituyen el marco de referencia de la decisión. El juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia³.

La Sala ha precisado que solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que debe acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia y que si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos⁴.

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de abril de 1999, Rad.15.623 [fundamento jurídico tercer cargo].

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de abril de 2012, Rad. 42.126 [fundamento jurídico 3.2.3.1]

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Rad. 6.695 [fundamento jurídico b].

Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros *in procedendo* y no *in iudicando*⁵.

No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error *in iudicando* sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario.

Con todo, se configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso⁶.

La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en el fallo hace procedente la causal, porque el juicio de anulación no supone una nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto⁷.

Los fallos en equidad se presentan cuando el juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto, porque la considera inícuo o conduce a una iniquidad, o cuando busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido. Según la jurisprudencia, en ninguna de tales hipótesis el juzgador puede prescindir de la motivación o de las pruebas, pues en tal evento ya no sería en equidad sino en conciencia y las decisiones de esta naturaleza están proscritas de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, cuando el juez decide con sustento en las reglas jurídicas, acude en apoyo a principios generales del derecho y valora el acervo probatorio, su fallo será en derecho y no en conciencia.

4. En sentir del recurrente el laudo se profirió en conciencia pues se omitieron pruebas válidamente practicadas en el proceso que resultaban determinantes para proferir la decisión en derecho sobre las pretensiones rechazadas. Las pruebas omitidas fueron las siguientes: (i) las comunicaciones cruzadas entre Transgas de Occidente S.A. y Transportadora de Gas Internacional S.A. con ocasión de la reclamación presentada en la etapa de arreglo directo, en las cuales la convocada manifestó la posibilidad de solicitarle a la CREG un reajuste en la tarifa del servicio de transporte para cubrir los costos asociados al Fenómeno de la Niña; (ii) el testimonio del ingeniero Álvaro Vega; (iii) el informe presentado por Ecopetrol en el que presuntamente señaló que el riesgo atmosférico normal era el que le correspondía asumir a Transgas de Occidente S.A. confirmando así que los anormales estarían a cargo de Transportadora de Gas Internacional S.A. y (iv) las comunicaciones mediante las cuales Transgas de Occidente S.A. notificó nueve eventos de fuerza mayor para los efectos de la cláusula 30 del contrato DIJ-738 y la correspondencia al respecto cruzada con Transportadora de Gas Internacional S.A.

La Sala observa que el Tribunal Arbitral adoptó su decisión luego de un análisis en derecho que implicó abordar los siguientes aspectos: (i) presupuestos procesales; (ii) las excepciones previas de ausencia de jurisdicción y competencia y caducidad; (iii) la valoración de las pruebas documentales, testimoniales; (iv) lo probado frente a los efectos del Fenómeno de la Niña entre los años 2010 y 2012; (v) la distribución de los riesgos y las obligaciones asumidas por las partes en el contrato; (vi) la procedencia de modificaciones a la tarifa de transporte acordada en el contrato; (vii) la interpretación del texto del contrato, en especial, de la cláusula 30 y los eventos de fuerza; (viii) la procedencia de una condena derivada del aumento de la prima de la póliza todo riesgo daño

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de julio de 2000, Rad. 17.591 [fundamento jurídico consideraciones]; y de 16 de junio de 2008, Rad. 34.543 [fundamento jurídico 3.1.2]

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 31.887 [fundamento jurídico 3.1].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad 22.191 [fundamento jurídico c].

material y lucro cesante no. 301; (ix) las excepciones propuestas por el convocado y (x) la objeción al juramento estimatorio.

El Tribunal Arbitral hizo su estudio en capítulos organizados temáticamente según las pretensiones y excepciones, definió las obligaciones de las partes, con fundamento en su interpretación sobre lo acordado en el contrato, su aplicación práctica y la intención de éstas y, a partir de ello, adoptó la decisión,

6. La causal que se analiza no se configura por el hecho de que en el laudo no se haga referencia a determinada prueba, pues, como se dijo, el fallo en conciencia es aquel en el cual el Tribunal Arbitral omite en su integridad las pruebas recaudadas para, en su lugar, acudir a la íntima convicción de sus integrantes para definir los hechos probados.

Por lo anterior, si bien el recurrente sostiene que algunas comunicaciones y un informe de ECOPEPETROL no fueron valorados, lo cierto es que la decisión del Tribunal no pretermitió de forma íntegra el acervo probatorio, sino que por el contrario se fundamentó en el análisis de las pruebas con el fin de determinar cuál fue la distribución de los riesgos acordada por las partes.

En este sentido, como los argumentos del recurrente están encaminados a desvirtuar la valoración que realizó el tribunal sobre algunas las pruebas, con el fin de que el juez extraordinario emita decisión de fondo frente al deber que tenía de asumir los costos en que incurrió por la ocurrencia del fenómeno de la niña, no se configura la causal de fallo en conciencia o equidad.

Por ello, el cargo no prospera.

Costas

6. El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente”.

Como no prosperó el recurso de anulación interpuesto por Transgas de Occidente S.A., la Sala tasará las costas procesales únicamente en el valor que corresponde a las agencias en derecho, ya que no encuentran probados otros pagos como impuestos, pago de auxiliares de la justicia, u otros gastos judiciales.

En los términos del Acuerdo n.º 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en atención a la naturaleza de este proceso, a la calidad, duración y utilidad útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la entidad recurrente pagará la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por Transgas de Occidente S.A. contra el laudo arbitral proferido el 28 de febrero de 2017, convocado para resolver las controversias entre dicha entidad, Transporte de Gas Internacional S.A. y Ecopetrol S.A.

SEGUNDO: CONDÉNASE al recurrente en costas, a pagar a favor de Transportadora de Gas Internacional S.A. y Ecopetrol S.A. la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de agencias en derecho, para cada uno.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE