

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A. ESP – TGI S.A.
E.S.P**

Vs.

EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de 2010

INDICE

CAPITULO I. ANTECEDENTES, CONTENIDO SUSTANCIAL Y DESARROLLO DEL PROCESO

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento
2. El pacto arbitral
3. Trámite inicial
 - 3.1 Nombramiento del Tribunal
 - 3.2 Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda
 - 3.3 Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas
 - 3.4 Citación e intervención del Ministerio Público
 - 3.5 Audiencia de conciliación
 - 3.6 Honorarios y gastos del Tribunal
4. Primera Audiencia de Trámite
 - 4.1 Las Partes y su representación
 - 4.2 La demanda
 - 4.2.1 Los hechos en que se sustenta la demanda
 - 4.2.2 Las pretensiones
 - 4.3. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal
5. Las pruebas del proceso
6. Término del proceso

CAPITULO II. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

CAPITULO III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES, DESARROLLO Y CONTENIDO SUSTANCIAL DEL PROCESO.

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado el diecinueve (19) de diciembre de 2008, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A. ESP – TGI E.S.P., por conducto de apoderado, formuló demanda arbitral contra la sociedad EMPRESA COLOMBIANA DE GAS - ECOGAS¹.

2. El pacto arbitral

El pacto arbitral en que se fundamenta el presente trámite, está contenido en el artículo doce del “Contrato de asunción de contingencias” celebrado entre las partes del proceso.²

En dicho artículo se estableció:

“Artículo 12. Las partes acuerdan que cualquier disputa o controversia que surja entre ellas en relación con este Contrato o sus anexos, incluyendo, pero sin limitarse a las que se deriven de su firma, formalización, cumplimiento, o terminación, que no pueda ser resuelta amigablemente entre ellas dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud cursada por escrito por una de las Partes a la otra, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento, en los términos que se prevén en el artículo.

El Tribunal se regirá por el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 y todas las disposiciones y reglamentaciones que los complementen, modifiquen o sustituyan, y se ceñirá a las siguientes reglas: (a) si la cuantía de la disputa o controversia es superior a una suma equivalente a los dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. De lo contrario, se acudirá a un (1) árbitro único. En ambos casos, los árbitros deben ser abogados titulados, con tarjeta profesional vigente. (b) Si la cuantía de la disputa o controversia no excede la cantidad estipulada en el literal (a) de esta Cláusula, la designación del árbitro único será realizada por las Partes

¹Cuaderno Principal número 1, folios 1 y siguientes.

² Cuaderno de Pruebas número 1, folios 1 y siguientes.

de común acuerdo, de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá vigente al momento de la disputa. En caso de no llegarse a un acuerdo acerca de la designación del árbitro único, en un lapso de quince (15) días contados a partir de la citación para escoger el árbitro único, éste se sorteará por al Cámara de Comercio de Bogotá (c) La designación de los tres (3) árbitros será realizada de la siguiente manera: cada una de las Partes del presente Contrato escogerá un (1) árbitro de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá vigente al momento de la disputa, y el tercer árbitro será seleccionado de común acuerdo entre las partes. En caso de no llegar a un acuerdo acerca de la designación del tercer árbitro, en un lapso de quince días contados a partir de la citación para escoger a los árbitros, éstos se sortearán por la Cámara de Comercio de Bogotá. (d) La organización interna del Tribunal, así como los costos y honorarios aplicables, estarán sujetos a lo dispuesto por el Tribunal de arbitramento. (e) El tribunal fallará en derecho y su fallo tendrá los efectos de cosa juzgada material de última instancia. (f) El tribunal sesionará en Bogotá, D.C., República de Colombia, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de Cámara de Comercio de Bogotá.”

3. Trámite inicial

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado de TGI S.A. E.S.P, el Centro de Arbitraje y Conciliación, mediante comunicaciones de fecha quince (15) de enero de 2009, procedió a invitar a las partes a una audiencia para la designación de los árbitros que habrían de fallar la controversia.

3.1 Nombramiento del Tribunal

El nombramiento de los árbitros se realizó de acuerdo con lo establecido en el pacto arbitral, habiendo sido designados los doctores Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Juan Manuel Garrido Díaz quienes aceptaron el cargo dentro del término legal.³

3.2 Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

A continuación, el Centro de Arbitraje y Conciliación citó a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el trece (13) de abril de 2009.⁴

³ Cuaderno Principal número 1, folios 34 y 35.

⁴ Cuaderno Principal número 1, folios 114 a 116.

En dicha audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas y se reconoció personería a los apoderados de las partes.

Finalmente, por reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, se admitió la demanda presentada y se corrió traslado de la misma a la convocada por el término de diez (10) días.

3.3 Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas

En la contestación de la demanda, presentada el veintisiete (27) de abril de 2009, el apoderado de la parte convocada se pronunció frente a las pretensiones y hechos de la demanda, aportó y solicitó pruebas, e igualmente propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. Inexistencia de una contingencia reembolsable –Cesión.
2. Responsabilidad de TGI por hechos propios a partir de marzo 2 de 2007.
3. Inexigibilidad de la obligación pretendida por TGI.
4. Objeto ilícito en el acuerdo de contingencias según la interpretación de TGI sobre sus efectos.
5. *Venire contra Factum proprium non valet.*
6. Excepción genérica.

De las excepciones de mérito así formuladas, se corrió traslado a la convocante, término dentro del cual se pronunció sobre tales excepciones y solicitó pruebas adicionales.

3.4 Citación e intervención del Ministerio Público

Mediante oficio de fecha 15 de enero de 2009, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá le comunicó al Ministerio Público, la existencia e iniciación del presente proceso. Como agente del Ministerio Público actuó en el presente proceso el doctor Sergio González Rey, Procurador Octavo Judicial II Administrativo, quien fue remplazado por la doctora Terezzina Melo Saldarriaga, según consta en comunicación enviada al Director del Centro de Arbitraje y Conciliación el 20 de agosto de 2009.⁵

3.5 Audiencia de conciliación

⁵ Cuaderno Principal número 1, folio 237.

Mediante auto de fecha once (11) de mayo de 2009, se citó a las partes a una audiencia de conciliación que tendría lugar el quince (15) de mayo de 2009.

La audiencia se llevó a cabo en la fecha fijada, sin que las partes llegaran a acuerdo alguno.⁶

3.6 Honorarios y gastos del Tribunal

A continuación de la audiencia de conciliación, el Tribunal llevó a cabo la fijación de gastos y honorarios del proceso, de conformidad con las tarifas establecidas en el Decreto 4089 del veinticinco (25) de octubre de 2007, por tratarse de un Tribunal legal.

Las partes depositaron oportunamente lo que correspondía a cada una (50%) por concepto de honorarios y gastos del proceso.

4. El litigio sometido a arbitraje.

El día veintidós (22) de julio de 2009, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se pronunció sobre su competencia, para lo cual revisó la cláusula compromisoria antes transcrita al igual que los términos y alcances de la controversia; sobre este particular, cumple destacar los siguientes aspectos:

4.1 Las partes y su representación

Convocante: TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A.- E.S.P, TGI S.A. – E.S.P, con domicilio principal en Bogotá D.C., constituida por escritura pública número 67 del 16 de febrero de 2007, otorgada en la Notaría Once del Círculo de Bucaramanga. La representación legal de esta sociedad, está en cabeza de su presidente, Leopoldo Montañez Cruz, lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad que obra en el expediente.⁷

Convocada: EMPRESA COLOMBIANA DE GAS – ECOGAS, Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energías, con domicilio principal en Bucaramanga, constituida por documento privado del 31 de mayo de 2000. La representación legal de esta empresa, estaba en cabeza de su presidente, Carlos Alberto Gómez Gómez, de acuerdo con lo que

⁶ Cuaderno Principal número 1, folios 193 a 199.

⁷ Cuaderno Principal número 1, folio 17 y siguientes.

aparece en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, aportado con la demanda.⁸

4.2 La demanda

En la demanda presentada se formularon las pretensiones, se enunciaron los hechos, los fundamentos de derecho, y se solicitaron y aportaron pruebas, entre otros.

4.2.1 Los hechos en que se sustenta la demanda

Los hechos enunciados en la demanda se resumen como sigue:

1. Transportadora de Gas del Interior S.A. E.S.P.”, T.G.I y la Empresa Colombiana de Gas, ECOGAS, celebraron un “Contrato de Asunción de Contingencias.”
2. En razón del contrato de Asunción de Contingencias, ECOGAS asumió el efecto económico neto de las contingencias reembolsables que resultaran a cargo de T.G.I., siempre que se cumplieran los requisitos, límites y condiciones establecidos en el citado contrato.
3. En el mismo acto se definió “efecto económico neto”, “contingencias reembolsables” y “contingencias pasivas eventuales.”
4. En el laudo arbitral emitido por el Tribunal de Arbitramento convocado por Petrotesting Colombia S.A. contra T.G.I., ésta fue condenada a pagar a título de indemnización por perjuicios, la suma de \$3.574’801.435 y la suma de \$202’654.272, a título de costas del proceso.
5. Con ocasión del proceso arbitral citado, T.G.I. pagó, con aprobación de ECOGAS, la suma de \$ 87’000.000 a título de honorarios de apoderado.
6. En el numeral octavo de la parte resolutive del mencionado laudo, se declaró que T.G.I. ostentó, ejerció y abusó de posición dominante en la ejecución del contrato STF 07-96 ocasionándole a Petrotesting Colombia S.A. a partir de septiembre de 2005, unos determinados perjuicios económicos.
7. En el numeral décimo de la parte resolutive del laudo citado, se ordenó que *“De acuerdo con las consideraciones consignadas en la parte motiva de esta providencia, que TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR TGI S.A.- E.S.P. debe abstenerse en lo sucesivo, frente*

⁸ Cuaderno Principal número 1, folio 15 a 16.

a PETROTESTING COLOMBIA S.A. de las conductas que el Tribunal ha encontrado constitutivas de abuso de su posición dominante en el contrato STF-07-96. En consecuencia, en adelante deberá liquidar el precio del transporte de gas sobre una capacidad contratada de 2520 Kpcd, mientras se mantengan las circunstancias que han servido de fundamento a la resolución octava anterior.”

8. Como consecuencia de lo descrito en el hecho anterior, T.G.I se vio obligada a facturar el transporte de gas a Petrotesting Colombia S.A. a partir del 21 de mayo y junio de 2008 sobre 2520 Kpcd.

9. Dicha facturación condujo a que T.G.I. viera reducido su ingreso en \$162'638.303 pesos m/cte.

10. El contrato STF 07-96, fue modificado en seis oportunidades, en particular por el otrosí número 5 del 31 de octubre de 2003 y el otrosí número 6 del 7 de mayo de 2004.

11. Se entiende como fecha de cierre financiero entre ECOGAS y T.G.I. el día 2 de marzo de 2007 a las 00 horas.

12. Con posterioridad al 2 de marzo de 2007, el contrato STF 07-96 no ha sufrido ninguna modificación.

13. Todas las modificaciones que sufrió el contrato STF-07-96, se acordaron entre ECOGAS y Petrotesting Colombia S.A. antes del 2 de marzo del año de 2007.

14. T.G.I. asumió la ejecución del contrato STF-07-96 a partir del 2 de marzo de 2007 a las 00 horas.

15. Los hechos por los cuales fue condenada T.G.I. a pagar unos perjuicios, ocurrieron antes del 2 de marzo de 2007.

16. El plazo para que T.G.I. informara a ECOGAS cualquier contingencia, era de tres años contados desde el 2 de marzo de 2007.

17. La contingencia reclamada por T.G.I. cumple con los requisitos establecidos en el numeral 7.1 del Contrato de Asunción de Contingencias.

18. T.G.I. cumplió con los requisitos formales establecidos en el numeral 7.2 del citado contrato de Asunción de contingencias.

19. Como consecuencia de la reclamación y cumplimiento de los citados requisitos, ECOGAS pagó a T.G.I la suma de \$2.586'798.363,39 pesos.

20. Con el pago de la suma mencionada en el numeral anterior, ECOGAS solo cubrió parte de la contingencia reembolsable que mediante esta acción se persigue.

21. Como consecuencia de lo anterior quedó un saldo insoluto de MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS pesos con 61/100 (\$1.626'851.466,61).

22. T.G.I. compró y pagó a ECOGAS la totalidad del valor del contrato STF-07-96 y en consecuencia ECOGAS cedió dicho contrato a T.G.I.

23. El valor del contrato STF-07-96 se estimó con base en los ingresos esperados como resultado de su objeto y su duración.

24. Para la fecha en que T.G.I. asumió el manejo y ejecución del contrato S.T.F. 07-96 suscrito entre ECOGAS y Petrotesting Colombia S.A., el objeto de dicho contrato era el transporte de gas por parte de ECOGAS a Petrotesting Colombia S.A. sobre una cantidad de gas en firme de 6300 Kpcd (kilo pies cúbicos día).

25. Mediante comunicación 005517 del 17 de julio de 2008, T.G.I. presentó solicitud formal a ECOGAS de asunción y reembolso del pago efectuado con ocasión de la mencionada contingencia pasiva eventual, para lo cual adjuntó cuenta de cobro.

26. Pese a conversaciones y cruce de cartas entre T.G.I. y ECOGAS encaminadas al pago total de la contingencia no fue posible llegar a un acuerdo.

4.2.2 Las pretensiones

Con apoyo en los hechos que se dejan reseñados, la convocante formuló contra la Empresa convocada las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la existencia y validez del contrato sobre Asunción de contingencia, celebrado entre la **TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A.E.S.P. – T.G.I. S.A.E.S.P** y **ECOGAS**
2. Que se declare que el anterior contrato tiene por OBJETO la asunción por parte de ECOGAS del Efecto Económico Neto, de las contingencias reembolsables que resulten a cargo de T.G.I.

3. Que se declare que T.G.I. pagó la suma de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO pesos m/te (\$3.574'801.435) por concepto de la condena impuesta en el numeral noveno del laudo arbitral surgido del Tribunal de Arbitramento entre Petrotesting Colombia S.A y T.G.I
4. Que se declare que T.G.I. pagó la suma de DOSCIENTOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS pesos m/te (\$202'654.272) por concepto de la condena en costas fijadas en el numeral undécimo de dicho laudo.
5. Que se declare que T.G.I pagó la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES de pesos (\$87'000.000) a su apoderado Guillermo Rueda Lenis por la gestión profesional en el proceso Arbitral de Petrotesting Colombia S.A. contra T.G.I. S.A. ESP.
6. Que se declare que T.G.I pagó la suma de CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTE pesos m/te (\$186'555.820) correspondientes a gastos del Tribunal de Arbitramento de Petrotesting Colombia S.A. contra T.G.I. S.A. ESP por concepto de Honorarios de Árbitros, secretario y gastos de la Cámara de Comercio de Bogotá
7. Que se declare que T.G.I dejó de percibir la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TRES pesos m/te (\$162'638.303) como efecto económico de la condena en el Tribunal de Arbitramento de Petrotesting Colombia S.A. contra T.G.I. S.A., en el contrato de transporte de gas STF-07-96 al liquidar el precio del transporte de gas sobre una capacidad contratada de 2520 Kpcd desde el 21 de mayo y el mes de junio de 2008
8. Que se declare la responsabilidad de ECOGAS, de pagar la “Contingencia Pasiva Eventual” como efecto de la condena impuesta a T.G.I. en el anterior citado laudo.
9. Que se declare, que ECOGAS incumplió el contrato sobre Asunción de Contingencias, al negarse a rembolsarle a T.G.I., la totalidad de la “Contingencia Eventual” aquí impetrada.
10. Que se declare que como consecuencia de todo lo anterior ECOGAS debe pagar a T.G.I. la suma de MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL

CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS pesos con 61/100
(\$1.626'851.466,61)

11. Que se declare que el anterior pago se efectuará por ECOGAS a T.G.I dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que de por terminado el presente Tribunal.
12. Que se declare que en caso de mora en el pago decretado por el Tribunal, ECOGAS pagará un interés moratorio igual a la tasa comercial máxima legal, liquidada a partir del quinto día posterior a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral que finalice el presente proceso y hasta cuando se realice efectivamente el pago correspondiente.
13. Imponerle a la convocada la obligación de pagar las costas del proceso.

4.3 Posición defensiva asumida por la Empresa convocada.

Mediante escrito visible a folios 0124 a 0179 del Cuaderno Principal número 1 del expediente, la Empresa Colombiana de Gas –ECOGAS– dio respuesta a la demanda en la oportunidad de ley, manifestando por conducto de su apoderado que, con salvedad de la Pretensión Primera de la convocante, se opone a que las restantes reciban despacho favorable en el laudo, toda vez que carecen de fundamento de hecho y de derecho, de manera que deben ser desestimadas y, como consecuencia de ello, debe efectuarse la correspondiente condena al pago de costas y perjuicios.

En lo que respecta a los hechos, luego de admitir en buena parte como ciertos los afirmados por la convocante, efectuando las precisiones que estimó pertinentes, negar otros y reclamar la prueba de unos pocos, como quedó dicho con anterioridad, la Empresa convocada formuló las excepciones de fondo que denominó “Inexistencia de una Contingencia Reembolsable. Cesión”, “Responsabilidad de TGI por hechos propios a partir de marzo 2 de 2007”, “Inexigibilidad de la Obligación Pretendida por TGI”, “Objeto Ilícito en el Acuerdo de Contingencias, según la Interpretación de TGI sobre sus Efectos”, “Venire Contra Factum Proprium Non Valet”, además de cualquiera otra defensa u excepción que surja de los hechos que se acrediten en el curso del proceso y que de oficio puedan los árbitros reconocer.

5. Las pruebas del proceso

5.1 Durante la primera audiencia de trámite, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegadas por las partes

Se ordenó tener como pruebas los documentos anexados a la demanda,⁹ y a la contestación de la demanda.¹⁰

Interrogatorios de parte

Las partes desistieron de los interrogatorios de parte decretados, en audiencia del (7) de septiembre de 2009.¹¹

Inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos.

El apoderado de la parte convocada solicitó una inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de TGI S.A. E.S.P. Sin embargo, el siete (7) de septiembre de 2009 los apoderados de las partes presentaron de forma conjunta un memorial en el cual aportaron los documentos a los que se limitó la exhibición.¹² Dichos documentos fueron incorporados al expediente según consta en el Acta número 11.

Testimonios

Los testimonios decretados por el Tribunal, se practicaron de la siguiente forma:

- En audiencia del trece (13) de agosto de 2009 tuvieron lugar los testimonios de Álvaro José Rodríguez Gómez, y de Carlos Alberto Gómez Gómez.¹³ Durante el testimonio del señor Gómez se presentaron los documentos que se relacionaron en el Acta número 8, los cuales fueron incorporados al expediente.¹⁴

⁹ Anexos relacionados en el Cuaderno Principal número 1, a folio 6 y 7 e incorporados en Cuaderno de Pruebas número 1.

¹⁰ Anexos relacionados en el Cuaderno Principal número 1, a folio 175 e incorporados en el cuaderno de Pruebas número 2, folio 1 a 28.

¹¹ Acta número 11. Cuaderno Principal número 1, folio 238 y siguientes.

¹² Cuaderno de Pruebas número 2, folio 243 y siguientes.

¹³ Las transcripciones obran en Cuaderno de Pruebas número 2, folio 332 a 339 y 314 a 331 respectivamente.

¹⁴ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 30 y siguientes.

- En audiencia del catorce (14) de agosto de 2009 tuvieron lugar los testimonios de Juan Carlos Álvarez Barrios, Julia Janette Sánchez Gómez y Diana Yamile Arcila Sabogal.¹⁵
- En audiencia del dieciocho (18) de agosto de 2009 se llevó a cabo el testimonio de la señora Silvia Margarita Motta Rota.¹⁶ En esta misma audiencia, el apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de Sonia Sanabria y Jaime Herrera, mientras que el apoderado de la parte convocada desistió del testimonio de Silvia Marcela Vargas.
- En audiencia del siete (7) de septiembre de 2009 tuvieron lugar los testimonios de Luis Raúl Carvajal Almeida y Laura Milena Parra Rojas.¹⁷ En esta misma audiencia, el apoderado de la parte convocada desistió del testimonio de Diego Muñoz Tamayo.

Los apoderados de las partes, de común acuerdo, mediante memorial presentado el primero (1º) de octubre de 2009, renunciaron al término de traslado de las transcripciones de los testimonios.

Oficio

De acuerdo con la solicitud de la parte convocante se ofició al Consejo de Estado, el día (8) de septiembre de 2009, para que remitiera al Tribunal la declaración del señor Carlos Alberto Gómez surtida en el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias entre TGI S.A. ESP y Petrotesting Colombia S.A.; sin embargo el solicitante desistió de la prueba según consta en Acta No. 12 del expediente, ya que la copia del testimonio ya había sido allegada al proceso y frente a la validez de la cual no manifestó oposición el apoderado de la parte convocada.

5. 2 Una vez agotada la fase de instrucción probatoria en el proceso, en uso del respectivo traslado surtido para tal fin y en audiencia que tuvo lugar el día veintiseis (26) de octubre de 2009 [Acta N.13], ambas partes expusieron sus conclusiones finales sobre los elementos de prueba recaudados en el proceso y los argumentos que de ellos se desprenden a favor de sus pretensiones y defensas, e igualmente el Ministerio Público rindió por escrito el concepto de fondo que obra a fls. 279 a 343 del C. Principal 2 del expediente.

¹⁵ Las transcripciones obran en Cuaderno de Pruebas número 2, folios 304 a 313, 294 a 303 y 283 a 286, respectivamente.

¹⁶ La transcripción obra en Cuaderno de Pruebas número 2, folio 287 a 293.

¹⁷ Las transcripciones obran en Cuaderno de Pruebas número 2, folio 265 a 282, 250 a 264, respectivamente.

6. Término del proceso

Tratándose este proceso de un arbitraje legal, y por no existir término especial pactado por las partes en la Cláusula Compromisoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente Tribunal tiene una duración de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día veintidós (22) de julio de 2009.

Así pues, en principio, la competencia del Tribunal expiraría el veintidós (22) de enero de 2010. Sin embargo, de conformidad con las solicitudes presentadas por los apoderados de las partes de común acuerdo, se decretaron las siguientes suspensiones del término:

- Del 23 de julio de 2009 al 9 de agosto de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el auto que consta en el Acta No. 7 del 22 de julio de 2009.¹⁸ Total: 11 días suspendidos
- Del 19 de agosto de 2009 al 6 de septiembre de 2009, de acuerdo con lo indicado en el auto que consta en el Acta No. 9 del 14 de agosto de 2009.¹⁹ Total: 13 días suspendidos
- Del 30 de septiembre de 2009 al 25 de octubre de 2009, con arreglo a lo establecido en el auto que consta en el Acta No. 12 del 5 de octubre de 2009.²⁰ Total: 17 días suspendidos.
- Del 11 de noviembre de 2009 al 3 de febrero de 2010, en consonancia con lo mencionado en el auto que consta en el Acta No. 13 del 26 de octubre de 2009.²¹ Total: 56 días suspendidos

En concordancia con lo señalado en el inciso final del artículo 103 de la Ley 23 de 1991, se adicionan al término de prórroga noventa y siete (97) días hábiles durante los cuales fue suspendido, de tal forma que el término del proceso arbitral vencería el día 16 de junio de 2010.

De acuerdo con lo anterior, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

CAPITULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Del compendio efectuado en el Capítulo anterior se desprende que la relación procesal existente en este caso se configuró regularmente y que

¹⁸ Cuaderno Principal número 1, folio 212 y siguientes.

¹⁹ Cuaderno Principal número 1, folio 229 y siguientes.

²⁰ Cuaderno Principal número 1, folio 246 a 247.

²¹ Cuaderno Principal número 1, folio 257 a 258.

en el desenvolvimiento de la misma no se aprecia vicio alguno que, por tener la trascendencia requerida para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Artículos 145 del Código de Procedimiento Civil, corresponde ahora proferir decisión de mérito acerca del litigio sometido a arbitraje, finalidad en orden a la cual son conducentes las siguientes

CONSIDERACIONES:

I – EL CONTRATO ORIGEN DEL LITIGIO

1- Examen general:

Aun cuando es lo cierto que en el presente caso, y por lo tanto es un aspecto que en principio ha quedado fuera de la controversia ambas partes están de acuerdo en que, además de tener existencia jurídica y tratarse de un negocio contractual válido a la luz de la ley, está llamado a producir la plenitud de los efectos que le son propios y de cuyas estipulaciones da cuenta el documento obrante a folios 01 a 016 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente, también es verdad que como punto de partida en el análisis, para definir el contenido exacto de dicho convenio, comprender su genuino significado y precisar la fuerza obligatoria que del mismo se desprende para quienes lo celebraron, se hace necesario prestarle atención y hacer especial hincapié en la operación económica supracontractual, unitaria y compleja, que tras él se encuentra y a cuya cumplida realización es de presumir que, sin perder su autonomía y en interés del funcionamiento integral de esa operación, debe apuntar, operación que por demás se identifica con facilidad en la medida que se la hizo objeto de expresa mención en los “Considerandos” que encabezan el referido documento.

En efecto, al tenor de estos enunciados que en la práctica dan razón, tanto de la causa de carácter objetivo que determinó a las partes a concertar el convenio de asunción de contingencias *sub-examine*, como de las bases que lo sustentan, se pone de manifiesto que dicho acuerdo tuvo lugar en desarrollo del proceso de transferencia a terceros inversionistas del sector privado, de activos y recursos productivos de propiedad estatal vinculados a la actividad de transporte de gas natural, a la par que los relacionados con su operación o con su explotación, de la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS ECOGAS [en adelante ECOGAS] aquí convocada, proceso consistente en la venta de tales bienes a una sociedad anónima a ser constituida en el futuro como Empresa de Servicios Públicos mediante suscripción sucesiva de acciones, hoy convocante en el presente trámite arbitral y que habría de denominarse TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A E.S.P [en adelante TGI], todo ello de conformidad con el correspondiente programa de

enajenación para ese propósito elaborado en cumplimiento de la Ley 226 de 1995 [Artículo 6º] y al cual le impartió aprobación el Gobierno Nacional por Decreto 1404 de 2005 en cuyo Artículo 15º se dispone que con arreglo al Artículo 12º Numeral 3º de la ley recién citada, “...ECOGAS como titular de los activos, derechos y contratos podrá asumir las contingencias que pudieren surgir para...[TGI], cuando estas sean originadas en actos o hechos anteriores a la fecha de venta de los activos, derechos y contratos de ECOGAS dentro de los términos y condiciones que se establezcan en el programa de fundación...”, entendiéndose por este último el documento que obra en este expediente a fls. 0136 a 0187 del Cuaderno de Pruebas número 2, vale decir el documento que como lo indica el mismo Decreto en mención, en observancia de las disposiciones de la Ley 222 de 1995 [Artículos 50 y 51] estructuró, en su condición de Promotor, la Financiera Energética Nacional S.A [FEN] y en consecuencia contiene los requisitos para la constitución de TGI por suscripción sucesiva de acciones, entidad que, una vez producido el “Acto de Cierre Financiero”, determinado por el pago a su cargo del precio de enajenación establecido, y efectuada la proyectada cesión por parte de ECOGAS, habrá de continuar operando y explotando los activos, derechos y contratos de ese modo por aquella recibidos de esta última.

En este orden de ideas, habida cuenta que son factores de particular relevancia tocantes con la causa económica global inspiradora de la celebración del contrato de asunción de contingencias en cuestión y que por consiguiente deben orientar la inteligencia del conjunto de sus cláusulas, es del caso realzar los siguientes elementos que pone de presente el citado programa de fundación de TGI, a saber:

A- TGI es catalogada como una empresa de servicios públicos [Artículos 17º de la Ley 142 de 1994] de formación gradual conforme al sistema de suscripción sucesiva de acciones por potenciales inversionistas interesados, con el fin de que una vez constituida y efectuado el Acto de Cierre Financiero, adquiera, opere y explote los activos, derechos y contratos que le enajene y transfiera ECOGAS, asumiendo “...para todos los efectos y con sujeción al marco legal vigente...”, la prestación del servicio público de transporte de gas en la actualidad [marzo de 2006] a cargo de esta última Empresa y, en consecuencia, haciéndose responsable de la continuidad de dicho servicio.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica propiamente dicha de TGI, es una sociedad anónima dedicada como acaba de señalarse, a la prestación de servicios públicos domiciliarios, cuyo capital pertenece aproximadamente en un 97.1% a la Empresa de Energía de Bogotá. Sus estatutos sociales la definen como:

“una empresa de servicios públicos, constituida como una sociedad anónima por acciones, (...) controlada por la Empresa de Energía de Bogotá, S.A. ESP, en calidad de Casa Matriz. La sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil de carácter sui generis.”

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 (literal d) de la Ley 489 de 1998 y 14.6 de la Ley 142 de 1994, TGI es una Entidad Descentralizada del Estado organizada como Empresa de Servicios Públicos Mixta y por tanto, el régimen jurídico que se le aplica es un régimen jurídico especial propio de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, diferente a aquel que aplica a las sociedades de economía mixta, de acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional quien en sentencia C-736 de 2007²² afirmó lo siguiente:

“5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

(...)

5.3.1. Según se analizó anteriormente, no es posible pensar que la enumeración constitucional recogida en el último inciso del artículo 115 sea taxativa, por lo cual el legislador está en libertad de adicionar otros organismos a aquellos que por expresa mención de este artículo conforman la Rama Ejecutiva. Ciertamente, la conformación de la “estructura de la Administración”, es decir de la Rama Ejecutiva, es un asunto que el numeral 7° del artículo 150 superior pone en manos del legislador; y que en los niveles departamental y municipal es facultad de las asambleas y consejos

²² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

respectivamente. (C.P. artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6).

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7° del artículo 150 superior.

(...)

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central: (...)
2. Del Sector descentralizado por servicios:
 - a) Los establecimientos públicos;
 - b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

- d) *Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;*
- e) *Los institutos científicos y tecnológicos;*
- f) *Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*
- g) *Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (Lo subrayado es lo demandado)”*

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

5.3.2 En cuanto al artículo 68 de la misma ley, se recuerda en seguida su tenor:

“Artículo 68. Entidades descentralizadas. *Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.” (Lo subrayado es lo demandado)*

Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad”.

En este orden de ideas, y recordando que TGI se dedica a la prestación de un servicio público domiciliario relacionado con el transporte de gas natural, se entiende que aunque no sea una empresa pública, sí es una entidad descentralizada del Estado con un carácter económico mixto, reglamentado en la Ley 142 de 1994.

Y en cuanto dice relación con ECOGAS, es una entidad descentralizada del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial²³.

B- Los recursos de propiedad estatal objeto de transferencia a TGI comprenden un complejo comercial especificado que integran, tanto los activos de ECOGAS como los derechos y contratos de los que ella es titular, vinculados unos y otros a la actividad de transporte de gas natural, incluida su operación y explotación comercial mediante sistemas propios o haciendo uso de la capacidad disponible de gasoductos pertenecientes a terceros, llevada a cabo por dicha entidad cuya creación fue dispuesta por la Ley 401 de 1997 como Empresa Industrial y Comercial del Estado, dotada en consecuencia de personería jurídica al igual que de autonomía patrimonial y de gestión.

C- Efectuado el pago a ECOGAS del precio de enajenación de los activos, derechos y contratos en mención, pago constitutivo del denominado Acto de Cierre Financiero, TGI en su condición de adquirente de los activos y cesionaria de la titularidad de los derechos y relaciones contractuales en esta forma separados de los haberes de

²³ En estos términos es definida la empresa ECOGAS por la Ley 401 de 1997, la cual crea y regula dicha entidad.

aquella, a partir de ese momento habría de iniciar operaciones inmediatamente.

D- Por último, en concordancia con las directrices de forzosa observancia que sobre el punto fijan los Artículo 12 Numeral 3º de la Ley 226 de 1995 y 15º del Decreto 1404 de 2005, remitiéndose al texto de la minuta del contrato de enajenación de activos y cesión de derechos y contratos que habrá de suscribirse [Anexo 10 del documento en referencia], señala clara y expresamente el programa de fundación de TGI que al ejecutarse la transferencia aludida a esta compañía e iniciar ella operaciones, debe entenderse, en línea de principio, que cesa toda responsabilidad para ECOGAS en su calidad de enajenante y cedente, respecto de contingencias pasivas asociadas a dichos elementos patrimoniales, salvo aquella que le sea atribuible por mandato de la ley o la que haya convenido en exceptuar de acuerdo con el programa de enajenación aprobado por el Gobierno Nacional, situación ésta que en el presente caso se configuró al asumir ECOGAS, según quedó visto, esa cobertura suplementaria cuyos alcances definió la cláusula 12ª del Anexo 10 recién citado [Folios del 4 a 19 del Cuaderno de Pruebas número 2] bajo el epígrafe “Conflictos Actuales”.

Es así como, al tenor de esta estipulación cuya viabilidad desde el punto de vista jurídico –dicho sea de paso- no ofrece reparo en la medida que se trata de acuerdos contractuales que se rigen por el derecho privado, se deben contemplar tres supuestos distintos en los cuales se ponen en juego las siguientes tres circunstancias: la fecha del contrato de enajenación de activos y de cesión de derechos y contratos, vale decir el 2 de marzo de 2007; la iniciación de los conflictos, reclamaciones, diferencias o controversias germen de la contingencia pasiva en cuestión; y en fin, el momento de ocurrencia de los actos, hechos u omisiones origen o consecuencia de tales conflictos, reclamaciones, diferencias o controversias. Estos tres eventos o circunstancias convencionalmente previstos, reciben, como se anticipó, tratamiento distinto mediante la implantación por los contratantes, en lo conducente, de un régimen específico de compartición de riesgos, como enseguida pasa a verse:

(i) Todos los conflictos, reclamaciones, diferencias o controversias en los que fuere parte ECOGAS, iniciados con antelación al 2 de marzo de 2007, relacionados en el Anexo 10.10 y exceptuados los que señala el Anexo 10.7, los atenderá dicha Empresa “...en su totalidad...” y asumirá las eventuales contingencias pasivas que de ellos puedan llegar a derivarse.

(ii) Los conflictos, reclamaciones, diferencias o controversias que surjan con posterioridad al 2 de marzo de 2007 e igualmente tengan origen en

actos, hechos u omisiones acaecidos después de esa fecha, le corresponde a TGI asumirlos integralmente; y

(iii) En aquellos conflictos, reclamaciones, diferencias o controversias cuya existencia se revele con posterioridad al 2 de marzo de 2007 pero que tengan origen o sean consecuencia de actos, hechos u omisiones acontecidos con anterioridad a esa fecha, son de cargo de ECOGAS las consecuencias negativas de la materialización de la incertidumbre inherente a una de tales situaciones litigiosas en tanto se traduzca en obligaciones pecuniarias legalmente exigibles a TGI, otorgándosele a esta última entidad el derecho de efectuar la reclamación a que hubiere lugar, en los términos y de acuerdo con las condiciones del contrato de Asunción de Contingencias identificado como Anexo 21 del programa de fundación de dicha sociedad.

Por consiguiente, partiendo del contenido de la prenotada estipulación de asunción y división de riesgos, y como es común en los negocios empresariales de este género, el contrato origen del debate sometido a arbitraje en el presente caso apunta en esencia a identificar, desde la perspectiva indicada por supuesto, el riesgo en mención; a definir el alcance cualitativo y las limitaciones cuantitativas de la asignación del mismo a ECOGAS; a hacer explícitos los motivos concretos de tal asignación; a establecer las técnicas, recursos e instrumentos adecuados en orden a permitirle a esta Empresa procurar la diligente gestión del riesgo puesta en manos de TGI; a fijar los requisitos y procedimientos necesarios para que esta última entidad pueda hacer efectivo el compromiso de reembolso económico contraído por aquella y, finalmente, a determinar la vigencia temporal de la responsabilidad adicional por contingencias pasivas así asumida por la misma.

En suma, partiendo de un análisis objetivo del referido contrato de asunción de contingencias, este Tribunal procederá a elucidar la problemática medular por la que fue convocado, a saber: ¿está obligada ECOGAS, con base en el citado contrato de asunción de contingencias, a asumir la totalidad de la supuesta contingencia sufrida por TGI con ocasión de la condena a ésta impuesta por el abuso de la posición dominante mediante laudo arbitral fechado del 13 de mayo de 2008 y, consecuentemente a pagar la diferencia no asumida por ECOGAS equivalente a mil seiscientos veintiséis millones ochocientos cincuenta y un mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con 61/100 (\$1.626'851.466,61=) ?

2. Estipulaciones de particular relevancia en el caso objeto de examen:

Puestas en este punto las cosas y antes de pasar a ocuparse del examen de las cuestiones que puntualmente son materia de controversia en el presente proceso, importa subrayar las disposiciones que, frente a tales cuestiones, adquieren al final de cuentas mayor trascendencia en el contrato de asunción de contingencias que vincula a los comprometidos, conocida la naturaleza de este último y la finalidad económica que dentro del complejo entramado negocial del que forma parte, justifica en términos de causalidad jurídica su celebración.

A- En armonía con lo que va dicho hasta el momento, el contrato en mención tiene por objeto establecer los límites, términos y condiciones en que ECOGAS, luego de realizada la cesión de derechos y contratos a TGI, se obliga a asumir el pago del “efecto económico neto” de contingencias pasivas reembolsables a cargo de la segunda, fijando en consecuencia, en las cláusulas 2ª, 3ª, 5ª y 7ª principalmente, las directrices fundamentales de conformidad con las cuales habrá de regirse esta cobertura, al igual que la responsabilidad que para aquella Empresa implica el tomarla por su cuenta.

En muy apretada síntesis, son esas reglas contractuales: (i) Que en cuanto se trata de una cobertura de delimitación taxativa y por ende de aplicación estricta, ECOGAS no asume en virtud de ella responsabilidad de ninguna índole por hechos o circunstancias que no cumplan con todos y cada uno de los requisitos, límites y condiciones previstos de manera expresa en el ameritado contrato; (ii) Que el único acreedor legitimado para exigir en cada evento el respectivo reembolso del “Efecto Económico Neto” a cuya liquidación hubiere lugar es TGI y por esa razón no se trata de una modalidad de garantía personal o afianzamiento a favor de terceros; (iii) Que por efecto de la cobertura en cuestión, ECOGAS no contrae la obligación de asumir de manera directa la atención o seguimiento de procesos judiciales, administrativos o arbitrales relacionados con contingencias pasivas reembolsables a TGI, siendo a esta última entidad a quien le compete, como presupuesto obvio para que le sea posible hacer valer en el futuro el derecho de repetición en referencia, desplegar una gestión diligente al afrontar tales procesos y, llegado el caso, efectuar oportunamente los pagos que resultaren a su cargo; (iv) Que esta responsabilidad así configurada, tiene un límite máximo total estimado en \$10.000 millones, y a la vez acordaron las partes una especie de descubierto para cada contingencia cuyo reembolso se reclame, tasado en 400 SMLMV; y por último, (v) Que el hecho determinante de una posible contingencia reembolsable y de la posterior reclamación a ECOGAS por parte de TGI basada en ella, constituido tal hecho por la situación procesal apropiada al caso -ya sea la admisión a trámite de una demanda en sede judicial o arbitral o bien la notificación de un acto administrativo- dirigida contra una cualquiera de

las dos entidades o ambas, haya tenido ocurrencia durante los tres años siguientes al 2 de marzo de 2007, fecha del Acto de Cierre Financiero.

B- Síguese de lo anterior que el riesgo asumido por ECOGAS del modo y con el alcance que acaba de indicarse –por demás limitado y restringido a la luz de los términos mismos del contrato de asunción de contingencias-, riesgo cuya realización engendra el derecho de repetición estipulado a favor de TGI y que se circunscribe a obtener, cumplidos ciertos recaudos, el reembolso de valores cuyo importe en dinero habrá de determinarse con arreglo a la cláusula 4ª del contrato en examen, lo conforman las que en este último las partes denominaron “Contingencias Reembolsables” que, pueden, a su vez, ser de tres clases, a saber: Las Contingencias Pasivas Eventuales, los Costos del proceso y los Pasivos Ocultos, entendiéndose por los dos primeros conceptos, en consonancia con definiciones de las que da cuenta el mismo contrato en su encabezamiento, (i) Las obligaciones pecuniarias legalmente exigibles que resulten para TGI de condenas o sanciones impuestas, ya sea en sentencias en firme proferidas en procesos jurisdiccionales o arbitrales tramitados a nivel nacional o internacional o bien en actuaciones de tipo administrativo, siempre que se den los supuestos que para el efecto señala la cláusula 7ª [7.1]; y (ii) Las costas y demás expensas judiciales que se decreten en contra de TGI en los procesos origen de contingencias pasivas eventuales, incluyendo, si fuere el caso, pagos de honorarios a árbitros, peritos o abogados externos contratados para la defensa de los intereses de TGI en dichos procesos.

Y en lo concerniente a aquellos recaudos de indispensable presencia para que igualmente a la luz del contrato de marras, contingencias de las dos especies recién identificadas puedan calificarse como reembolsables, son unos sustantivos, previstos en el ordinal 7.1 de la cláusula 7ª de dicho contrato, y otros puramente formales que en sus pormenores indica a espacio el ordinal 7.2 de la misma estipulación, siendo del caso detenerse más que todo en los primeros, habida consideración que, en lo esencial, el presente litigio gravita precisamente alrededor de ellos en la medida que, como quedó registrado en el recuento de antecedentes contenido en el primer capítulo de esta providencia, la Empresa convocada sostiene en su defensa, entre otros argumentos, que las pretensiones de la compañía convocante no son de recibo por cuanto, debido al no cumplimiento de los susodichos requisitos en su integridad, es inexistente la obligación de reembolso en que tales pretensiones se sustentan.

C- Así, pues, en lo que resulta conducente para la decisión a ser adoptada en el presente laudo, bien puede decirse en resumen que son cinco los requisitos a que se viene haciendo alusión, uno de ellos de

signo negativo y los cuatro restantes positivos, a saber: (i) No debe tratarse de las llamadas “Contingencias Pasivas” propiamente dichas, originadas según la definición que de ellas consigna el contrato, en procesos o en actuaciones administrativas conocidos y en curso, unos y otras, en la fecha del Acto de Cierre Financiero, así como tampoco de contingencias resultantes de procesos de legalización de servidumbres; (ii) La admisión de la demanda entablada contra TGI y/o ECOGAS en un proceso judicial o arbitral que pueda generar una contingencia reembolsable, debe producirse dentro del término de tres años contados a partir del mismo Acto de Cierre; (iii) De conformidad con el Artículo 15º del Decreto 1404 de 2005, tal y como se dejó apuntado líneas atrás, la contingencia ha de tener su génesis en hechos, acciones u omisiones de ECOGAS acontecidos con anterioridad al Acto de Cierre Financiero aludido; (iv) La exigibilidad actual de la obligación pecuniaria en la cual se materializa la contingencia cuyo reembolso sea objeto de reclamación de TGI, ha de resultar de un fallo definitivo [no susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno] y debidamente ejecutoriado, que le haya puesto fin al respectivo proceso judicial o arbitral; y finalmente, (v) El importe en dinero de la prestación de reembolso que llegare a reputarse adeudada por ECOGAS de quedar satisfechos los cuatro requisitos anteriores, ha de acreditarlo y liquidarlo TGI, ajustándose desde luego a los mecanismos de cálculo y límites cuantitativos fijados en las cláusulas 4ª y 5ª del contrato.

En otras palabras, partiendo de la premisa según la cual, en aplicación del mandato normativo contenido en el Artículo 12, Numeral 3º, de la Ley 226 de 1995, el tenor literal de las cláusulas contractuales que establecen los dichos requisitos constituyen, por fuerza, confín infranqueable de la cobertura de contingencias asumida por ECOGAS frente a TGI, en último análisis se traduce tal especie de garantía personal en una obligación limitada de reembolso a cargo de la primera de estas entidades y en beneficio de la segunda únicamente, concebida para operar apenas por vía restrictiva, condicionada “...*pendente eventum*...” y en consecuencia, subordinada su eficacia a la efectiva ocurrencia de varios presupuestos previstos en el contrato como de posible ocurrencia en el futuro “...*incertus an*...”, presupuestos que identifican y delimitan aquellos requisitos, tomando en cuenta los diferentes factores circunstanciales de carácter objetivo, causal, temporal y cuantitativo vistos.

Nada hay por lo tanto en todo ello que lleve a inferir con razonable certeza que, mediante tales estipulaciones y en tratándose de los contratos cedidos, haciendo caso omiso del explícito enunciado de las previsiones contractuales que instrumentan tales estipulaciones hay lugar a colegir, sin embargo, que ECOGAS asumió el compromiso de garantizarle a TGI en el futuro, en forma irrestricta y sin condicionamiento

alguno el mantenimiento de las bases económicas de aquellos contratos, junto con las expectativas de rentabilidad a ellas asociadas, ante la eventual ocurrencia de alteraciones o cambios sobrevinientes producidos como consecuencia de providencias jurisdiccionales, judiciales o arbitrales, o de decisiones administrativas que pudieran llegar a darse en procesos o actuaciones seguidos contra una o ambas entidades. A la luz del principio universalmente aceptado de conformidad con el cual los contratos son obligatorios entre las partes según los términos en ellos pactados, equiparación semejante evidentemente no es admisible. Muy por el contrario, con sujeción a lo pactado, se tiene establecido que, convencionalmente, a la sazón, se fijaron claros límites, de lo que se colige que, en tales circunstancias, no es dable amplificar lo acordado, que se insiste se limitó a precisos supuestos que no admiten desbordamiento, so pena de alterar, incosultamente, la común intención de las partes contratantes (Artículo 1618 del Código Civil).

II- LA CONTROVERSIA CONTRACTUAL SOMETIDA A ARBITRAJE.

1. Luego de solicitar la compañía convocante, en el capítulo petitorio del escrito de convocatoria [demanda] que dio origen al presente proceso, que se declare la existencia jurídica, la validez y el objeto del contrato de asunción de contingencias cuyo contenido se examinó detenidamente en el aparte anterior de estas consideraciones, y pretender al propio tiempo que se reconozcan, tanto los pagos que dicha compañía se vio obligada a realizar como los ingresos que dejó de percibir, a raíz de las decisiones condenatorias adoptadas en el laudo de fecha 13 de mayo de 2008 que le puso fin al proceso arbitral adelantado en su contra por la sociedad Petrotesting Colombia S.A, pide que se declare "...la responsabilidad de Ecogas de pagar la CONTINGENCIA PASIVA EVENTUAL como fruto de la condena impuesta a TGI en el anterior citado laudo..." y también el incumplimiento en que afirma incurrió la Empresa convocada "...al negarse a pagar a TGI la totalidad de la CONTINGENCIA REEMBOLSABLE aquí impetrada...", imponiéndole por consiguiente la condena a pagar la suma de \$1.626.851.466.61 junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa legal comercial máxima autorizada y que se causen una vez ejecutoriado el laudo.

A su turno la Empresa convocada, en el escrito de contestación obrante a folios 125 a 179 del Cuaderno Principal número 1 del expediente e invocando en su defensa argumentos fácticos y jurídicos de diversa índole, manifiesta su oposición a que reciban despacho favorable las pretensiones formuladas en la demanda, con excepción de la Primera "...siempre y cuando no se admita la interpretación dada por la convocante...", haciendo especial énfasis, mediante la primera de las excepciones de fondo por ella invocada, que denominó "...Inexistencia

de una Contingencia Reembolsable. Cesión...”, en que a TGI no le es dado esgrimir del modo en que pretende hacerlo, que la condena impuesta en el laudo referenciado tuvo su causa en hechos cuya autoría le sea atribuible a aquella con posterioridad al 2 de marzo de 2007, “...ni puede pretender amparo alguno bajo el Acuerdo de Contingencias cuando las situaciones que se le presentan responden a una conducta exclusivamente suya en su condición de cesionario que le corresponde asumir, en virtud de la operancia de la cesión del contrato de transporte que dio origen a la disputa en que fue condenado (sic)...”. Manifiesta la convocada, en este orden de ideas, que los fundamentos tenidos en cuenta por el laudo en cuestión para imponerle a la compañía convocante el pago de las sumas de dinero cuyo reembolso pretende, cierto es que hacen referencia a hechos y actuaciones que le son atribuibles hasta la fecha del Acto de Cierre Financiero, pero de igual manera dicha condena responde a hechos y actuaciones de TGI a partir del 2 de marzo de 2007, luego se hallan estos por fuera del marco establecido en el contrato de asunción de contingencias; lo que ocurre es, en palabras de la Empresa convocada, que siendo el periodo tenido en consideración por la providencia arbitral en referencia para estimar los perjuicios a cuyo resarcimiento se hizo acreedora la sociedad Petrotesting Colombia S.A., el tiempo transcurrido entre el 10 de septiembre de 2005 y el 13 de mayo de 2008, “...ECOGAS asumió la suma que corresponde al lapso que va desde el 10 de septiembre de 2005 hasta el 2 de marzo de 2007, teniendo en cuenta que la suma a la cual se condenó en el laudo arbitral a partir de ese momento, era y es una obligación que debe asumir TGI y no ECOGAS. Lo anterior, teniendo en cuenta que con posterioridad a dicha fecha, ECOGAS no era parte del contrato de transporte respecto del cual se dictó la condena, ya que el mismo fue cedido a TGI en esa fecha y fue por hechos de TGI, después de ese momento, que se configuraría el resto de la condena impuesta...”.

Concluyendo, al decir de la convocada el monto pretendido en la demanda es efecto de la condena impuesta en el nombrado laudo, pero equivale a la proporción que debe asumir la propia convocante, a partir del 2 de marzo de 2007, por cuanto: (i) Desde ese momento operó en su favor la cesión del contrato de transporte de gas natural STF 07.96 “...con las consecuencias legales que de ello se deriva...”; (ii) Los hechos por los cuales TGI resultó condenada en el laudo, en cuanto corresponde al lapso corrido entre el 2 de marzo de 2007 y el 13 de mayo de 2008, le son atribuibles únicamente a dicha entidad; y (iii) No se reúnen los requisitos consagrados en el contrato de asunción de contingencias para considerar que ECOGAS es deudora, a título de reembolso, de los montos pretendidos en la demanda.

De lo anterior se sigue, entonces, que es cuestión que adquiere preponderante significación sin duda en el presente litigio, habida cuenta de las pretensiones incoadas por la compañía convocante y de la oposición a las mismas formulada por la convocada en la forma que queda reseñada, el definir si bajo los términos del contrato de asunción de contingencias celebrado por dichas entidades, conocido su origen y el complejo entorno característico de la operación de transferencia de propiedad estatal de la cual dicho contrato es elemento integrante, la primera de ellas tiene derecho a exigir de la segunda el reembolso, en concepto de “contingencia eventual reembolsable”, de la suma de dinero que estima la demanda en \$1.626.851.466.61 sin incluir los intereses de mora cuyo reconocimiento asimismo allí se solicita, cometido que en verdad ofrece mayor grado de dificultad del que a primera vista pudiera parecer, al cual se dedican las consideraciones que a continuación pasan a exponerse brevemente, centrando el Tribunal su atención, **primero**, en aquello que respecto de la condena impuesta a TGI resulta conducente destacar en lo dispositivo del laudo arbitral de 13 de mayo de 2008 cuya copia fidedigna obra a folios 21 a 124 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente [Aparte 2. subsiguiente]; en **segundo lugar** al alcance que con arreglo a derecho es predicable de la cesión de la que, al tenor de la prueba documental visible a folios 3 a 23 del Cuaderno de Pruebas número 2 del expediente, las partes en el presente proceso convinieron en hacer objeto, como un todo unitario, al contrato de transporte de gas natural STF 07-96 concertado años atrás, con fecha 30 de octubre de 1996, entre la Empresa Colombiana de Petroleos – Ecopetrol- y la firma Hocol S.A [Aparte 3 subsiguiente]; y por último [Aparte 4. subsiguiente], a las conclusiones que de los anteriores elementos de juicio se desprenden, en función de establecer si las pretensiones de la compañía convocante, puestas de relieve al inicio de este aparte, están llamadas o no a alcanzar prosperidad.

2. A vuelta de leer con el detenimiento que el caso requiere el laudo que con fecha 13 de mayo de 2008, le puso fin al proceso arbitral iniciado por virtud de convocatoria que hizo contra TGI la sociedad Petrotesting Colombia S.A, se llega sin dificultad a concluir que esta providencia, tomando pie en la doctrina del abuso de la posición dominante aplicada a circunstancias fácticas ocurridas durante la fase de ejecución del contrato de transporte de gas natural STF 07-96, específicamente a raíz de las modificaciones introducidas al mismo por el “Otrosí N. 5” de 31 de octubre de 2003 y la no terminación del contrato de ECOGAS con Cemex prevista para el 10 de septiembre de 2005, es categórica en declarar que, tanto la compañía demandada en dicho proceso y actora en el presente como también ECOGAS que la antecedió en la posición contractual transportadora hasta el 2 de marzo de 2007, incurrieron en comportamientos ilícitos continuados, de comisión por acción y omisión, contrarios a las legítimas expectativas de aquella

sociedad derivadas ellas de los verdaderos espíritu y finalidad del aludido contrato.

En efecto, sin que sea necesario abundar en pormenores que no son relevantes, en apoyo de la conclusión precedente convergen apreciaciones contenidas en el laudo que ninguna duda dejan acerca de que, de conformidad con el criterio decisorio de los árbitros vinculante para TGI y que ECOGAS acepta, ambas entidades incurrieron en el mismo proceder abusivo con grave detrimento patrimonial para la sociedad Petrotesting Colombia S.A al imponerle, a esta última, una “...carga que resulta abrumadora...”, efectuándole cargos por el servicio de transporte fijados aplicando las tarifas sobre el 100% de la capacidad contratada, es decir sobre una “...ficticia capacidad en firme contratada...” pero no disponible en un 60% comprometido de antemano con Cemex, creándose así, por designio unilateral del transportador, prevalido del nuevo esquema de tarifas aplicable al contrato de transporte en referencia pero sobre todo del control simultáneo que ejerció sobre los dos contratos de transporte de gas vinculados a la operación de la línea Montañuelo-Gualanday, una situación merecedora de reproche “...como lo es –dice el laudo en mención- tomar ventajas contractuales por falta de una aclaración que debió darse a la otra parte, o por el aprovechamiento de la posición de prevalencia contractual en el negocio jurídico, o por haber colocado al Remitente en circunstancia de no podersele exigir otra conducta...”.

Así, pues, pone en claro el laudo en examen que existiendo dependencia económica de Petrotesting Colombia S.A respecto de ECOGAS y su cesionaria TGI, en la medida que dentro del marco de la relación regida por el contrato de transporte de gas natural STF 07.96 estas últimas estaban en capacidad de dictar o imponer a aquella, en el propio y exclusivo beneficio de las primeras, condiciones desequilibradas “...particularmente respecto de las condiciones de ejecución...” de dicho contrato, tanto ECOGAS como TGI, en periodos sucesivos -la primera entre el 10 de septiembre de 2005 y el 2 de marzo de 2007 y la segunda desde esta fecha hasta el momento de proferirse la decisión arbitral en cita-, incurrieron en explotación abusiva de la señalada dependencia. De lo contrario, si se tratare solamente de hechos, acciones u omisiones imputables a ECOGAS y en consecuencia extrañas a la conducta de TGI, hipótesis que por añadidura el laudo expresamente descarta, en su perspectiva jurídica ninguna explicación atendible podrían tener, entonces, los proveimientos de los cuales dan cuenta los numerales resolutivos 8º, 9º y 10º de ese mismo fallo en cuanto, sintetizando, declaran que en tanto TGI, cesionaria del contrato y en cuanto tal colocada en idéntica situación a la de su cedente, “...ostentó, ejecutó y abusó de posición dominante en la ejecución del contrato STF 07.96...”, es responsable contractualmente del pago de la totalidad de los

perjuicios patrimoniales experimentados por Petrotesting Colombia S.A a partir del 10 de septiembre de 2005, daños valorados en la suma de \$3.574.801.435, y debe además abstenerse en lo sucesivo, frente a dicha sociedad, "...de las conductas que el Tribunal ha encontrado constitutivas de abuso de su posición dominante en el contrato STF O7.96...", debiendo en adelante y hasta tanto las circunstancias no cambien, liquidar el precio de transporte de gas sobre una capacidad contratada de 2.520 kpcd. y no de 6.300 como lo venía haciendo.

3. En consonancia con lo anterior, suficiente para que no prosperen las pretensiones formuladas en esta ocasión por TGI, resulta de suma valía destacar que no es dable afirmar que el abuso de la posición dominante por el que fue condenado TGI fuera una situación que se había consolidado con fundamento en hechos pretéritos o pasados iniciados única y exclusivamente por ECOGAS -no teniendo entonces TGI ninguna responsabilidad, en el entendido de que recibió el contrato en dichas condiciones-, toda vez que, en puridad, es claro el conocimiento que TGI tuvo o debía tener respecto de la eventual controversia existente entre ECOGAS y Petrotesting Colombia S.A. Ello, al tenor del propio contrato de asunción de contingencias, a la par que desde la óptica de la responsabilidad de TGI, no solamente devela la imposibilidad de exonerar totalmente a la convocada, sino que refleja el hecho de que a partir de la fecha de cierre financiero, dado el conocimiento que tenía o debió haber tenido TGI de la discrepancia en torno al precio, no es posible entonces continuar hablando de una típica contingencia pasiva reembolsable que pudiera ser subsumida bajo el contrato en comento, en la medida en que, si TGI tenía conocimiento de la situación -al menos sospechas fundadas-, no le es dable ahora alegar esos hechos como si se tratara de una contingencia imprevisible. Puesto en otros términos, la situación de conocimiento (real o presunto) confirma que no se trata de una inequívoca contingencia, desde el momento de la fecha del susodicho acto de cierre.

Así, tal y como se señalará en acápite posterior cuando el Tribunal se ocupe del llamado *due diligence*, es dable concluir que TGI estaba llamada -por las circunstancias específicas del presente caso- a conocer en detalle el mecanismo de liquidación del precio del contrato que ECOGAS había celebrado con Petrotesting Colombia S.A. y, además, es evidente que conocía de la eventual controversia que a la postre condujo a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo de 13 de mayo de 2008.

En efecto, a folio 173 del Cuaderno de Pruebas número 1 del expediente, consta que Petrotesting Colombia S.A., respecto del contrato de transporte STF 07 96, dirigió a TGI una comunicación de fecha marzo 21 de 2007, por medio de la cual aquella sociedad puso de presente a

ésta entidad la existencia de una controversia jurídica en torno del mencionado contrato. Para el efecto, aludiendo a la cesión que del contrato STF 07 96 operó entre ECOGAS (cedente) y TGI (cesionario) frente a Petrotesting Colombia S.A. (cedido), esta última remitió la documentación pertinente para efectos de contextualizar al cesionario respecto del aludido diferendo.

A su turno, mediante carta de fecha 9 de abril de 2007, Petrotesting Colombia S.A. comunicó a TGI, en relación con el contrato STF 07 96, la activación del mecanismo de solución de controversias previsto en la cláusula 4.5 de dicho acto jurídico (folio 174 del Cuaderno de Pruebas número 1) lo cual, a la postre, condujo a que a TGI se le notificara personalmente el auto No. 2 del 12 de julio de 2007, por medio del cual se admitió la demanda arbitral que en su contra presentó Petrotesting Colombia S.A. (folio 176 del cuaderno de pruebas 1).

El contenido de los dos anteriores documentos está confirmado con el dicho del testigo Luis Raúl Carvajal Almeida (folios 279 vuelto y 280 del cuaderno de pruebas 2), quien en su declaración señaló que él, mientras trabajó para ECOGAS (esto es, para antes del 2 de marzo de 2007), tuvo conocimiento de las objeciones de Petrotesting Colombia S.A. respecto del contrato STF 07 96, de las cuales también conoció cuando comenzó a trabajar para TGI (a partir del día 3 de marzo de 2007).

Por ello, es claro que, además de que tenía la carga de conocerlo, podría deducirse que TGI en efecto conoció del posible reclamo que formularía Petrotesting Colombia S.A. en relación con el precio que, como consecuencia de los otrosí número 5 y número 6, se había pactado en el contrato STF 07 96. No en vano, tanto la prueba documental anteriormente relacionada como los testimonios también enunciados, son contundentes en señalar que TGI se enteró oportunamente de la controversia que justo antes de la cesión existía entre Petrotesting Colombia S.A. y ECOGAS, de la cual fue informada TGI el día 21 de marzo de 2007 y que, conforme con los actos posteriores, condujeron a la convocatoria del tribunal de arbitramento, el cual entró a resolver el diferendo relacionado con el precio del contrato de transporte de gas entre TGI y Petrotesting Colombia S.A. Con esto, podría llegar a deducirse, según el caso, que la controversia jurídica a la que se refieren, tanto los documentos como los testigos, respecto del contrato STF 07 96, en efecto versaba sobre el precio del contrato, el cual fundamentó el arbitramento pretérito y, por supuesto, las pretensiones aquí formuladas.

Así las cosas, TGI no era absolutamente desconocedor de la inconformidad de la remitente tantas veces nombrada y sabía, - o podía

saberlo, tanto más si se tiene en cuenta su condición de profesional - que el precio podía evidenciar inconvenientes significativos en punto tocante con su real monto, a pesar de lo cual persistió en el cobro del mismo, haciendo caso omiso de los diferentes intentos conciliatorios y resolutorios adelantados por Petrotesting Colombia S.A., con lo que se confirma que en lo atinente a las condenas por abuso de la posición dominante, si bien ésta fue una situación que se inició mientras ECOGAS ostentaba la calidad de parte en el acuerdo negocial, en el momento en que materializó la cesión de la posición contractual, la potencial abusividad se deduce fue conocida o pudo ser conocida por TGI, en estrictez, quien optó por continuar cobrando el precio a pesar de las comunicaciones y los antecedentes, por demás elocuentes, que sobre este particular se podían constatar.

Lo anterior implica, sin duda, que la referida abusividad en el momento de la cesión, continuó por cuenta de la nueva parte contractual, esto es, de TGI, no siendo dable afirmar, se itera, que esta última simplemente recibió el contrato con el defecto o vicisitud en comento, limitándose a continuar desprevenidamente su ejecución, en la medida en que ya conocía de la discusión que se tejía en torno al precio, la que no era de poca monta o importancia.

Para el Tribunal esta constatación es toral, en la medida en que conduce a concluir, de una parte, que la situación de abusividad, aun cuando inició, en rigor, antes de la cesión contractual, se prolongó o proyectó a manos de TGI, cuanto ésta entró a ocupar la posición contractual de ECOGAS sin modificar, atenuar o variar, en absoluto, el precio del contrato a favor de Petrotesting Colombia S.A., a pesar de saber de antemano que, en lo relativo a dicho precio, existían ciertas disconformidades y reclamos que le permitían a TGI tener cierto grado de alerta en torno a la regularidad del mismo, a pesar de lo cual optó, como se ha dicho, por mantenerlo en la misma cuantía que aquella que en el pasado había fijado ECOGAS; con ello, TGI incurrió también en el abuso de la posición dominante, como ostensiblemente lo declaró el referido Tribunal de arbitramento en su mencionado laudo, por una conducta que le fue claramente imputable o atribuible y que, en consecuencia, no se puede entender cubierta o cobijada por el contrato de asunción de contingencias, no sólo por la delimitación temporal del mismo, habida cuenta de que sólo se amparan hechos anteriores al acto de cierre financiero, sino porque como bien lo indica el nombre y tenor de este tipo de contratos, en él lo que se asumen son riesgos o contingencias pretéritas que puedan afectar, en este caso, al cesionario, y no, como mal podría llegar a pensarse, los eventos que sean de responsabilidad de dicho cesionario y que no se correspondan, en rigor, con una contingencia o riesgo, sino con un genuino y arquetípico hecho suyo o producto de su participación –o coparticipación-. De allí que,

desde esta perspectiva, si un acto o hecho es imputable a dicho beneficiario -en este caso, el cesionario-, salvo estipulación en contrario, dicho acto no constituye contingencia o riesgo alguno, por lo menos reembolsable.

4. De otra parte, a juicio de este Tribunal, por su importancia, no sería de recibo pretextar que TGI, con ocasión de la labor de *due diligence* que, con anterioridad a la cesión de la posición contractual, en efecto se realizó, por iniciativa de la empresa vendedora y que posteriormente aquella entidad complementó, no tenía ningún deber adicional de extremar la diligencia a su cargo, amparada en el resultado de dicho trabajo de investigación y auditoría legal, ello por varias razones.

En primer lugar, porque como reiteradamente se ha afirmado en este laudo, a partir de algunas comunicaciones remitidas por Petrotesting Colombia S.A. a ECOGAS y, posteriormente, a TGI, se podía deducir que existían algunas discrepancias y discusiones que, como se explicó precedentemente, se deduce tenían relación en punto tocante con el precio que se había cobrado en el marco del contrato; esas discrepancias implicaban –o debían implicar-, un cierto grado de alerta o advertencia para TGI, a pesar de haberse realizado la labor de *due diligence*, como quiera que se trataba de reclamaciones sobre un punto estructural –esto es, el precio- del acuerdo negocial en ciernes, el cual, dada la cuantía del mismo, no podía entonces ser fácilmente soslayado por la compañía adquirente, la cual pudo haber establecido las anomalías relativas al precio y, por ende, haber tomado medidas correctivas al respecto.

En este sentido, como lo manifestó la testigo Laura Milena Parra Rojas, la firma Deloitte adelantó un *due diligence* en las instalaciones de ECOGAS (folio 259 vuelto del Cuaderno de Pruebas número 2), dentro del cual, en el *dataroom*, como lo expresó la misma testigo (folio 251 vuelto del Cuaderno de Pruebas número 2) y lo confirmó el deponente Luis Raúl Carvajal Almeida (folio 274 Cuaderno de Pruebas número 2) estuvieron disponibles los contratos de transporte de gas que mantenía vigentes ECOGAS, los cuales, como consecuencia del cumplimiento de los requisitos para acceder al *dataroom*, podían ser consultados.

Igualmente, la testigo Julia Janette Sánchez Gómez manifestó que sí fue permitido el acceso, a través del *dataroom*, a toda la información de ECOGAS (folio 0299 Cuaderno de Pruebas número 2), incluyendo, claro está, los contratos de transporte de gas, a los cuales se permitió sin lugar a dudas el acceso por parte de ECOGAS, de lo cual dijo estar seguro el testigo Juan Carlos Álvarez Barrios (folio 309 vuelto del Cuaderno de Pruebas número 2).

De allí que, desde el punto de vista del *due diligence* y en el bien entendido que en lo esencial su función se circunscribe a suministrarle a los interesados la información disponible acerca de la forma cómo, dentro del marco del objeto social de la empresa vendedora, se configuran y han venido desarrollándose las operaciones comerciales a las cuales se encuentran vinculados los activos, derechos y contratos a ser transferidos, es razonable concluir que TGI estaba llamada a tener conocimiento del precio que era cobrado a Petrotesting Colombia S.A. por ECOGAS en cumplimiento del contrato de transporte de gas STF 07.96, máxime cuando de la ejecución de la actividad empresarial propia de TGI se trataba.

No en vano, como acaba de introducirse, TGI, como su objeto social lo indica, es una empresa experta en acometer actividades relacionadas con el mundo del comercio de gas y, en consecuencia, un sobreprecio de una magnitud importante, mal puede considerarse como una sobrevaloración oculta o de muy difícil o imposible identificación, razón por la cual, a pesar de la labor de *due diligence*, ella no puede servir de argumento inequívoco e intangible para afirmar, en todos los casos, que, por haberse dado un concepto favorable, todo debía entenderse normal, admisible, regular y cabal.

Justamente por ello, la doctrina ha afirmado, con razón, que el apellidado *due diligence*, no obstante se considere en la práctica de los negocios que constituye una herramienta técnica estructurada entre otras cosas para procurar un razonable proceso de negociación de riesgos identificados y evaluados debidamente, lo cierto es que no puede servir de referencia para excusar el desconocimiento de ciertos aspectos que ha debido conocer un potencial inversor, máxime si se tiene presente su pericia y experticia en un mercado determinado y si fue, precisamente, una firma como Deloitte, reconocida en el ámbito técnico, la encargada de preparar y coordinar el aludido trabajo, ello como es natural, es conclusión del hecho de que el *due diligence*, en sí mismo, está circunscrito a claras y precisas limitaciones, por lo cual, su alcance no puede ser omnímodo e irrestricto, como quiera que, en tal caso, dicho *due diligence* se transformaría en una especie de inmunidad futura, sin perjuicio de reconocer, sin embargo, su utilidad en el tráfico jurídico, lo que no quiere significar que carezca de límites, como efectivamente los tiene.

Ello, se itera, es reconocido por la más autorizada doctrina en la materia, la cual, con elocuencia, afirma que el “... *el técnico* (esto es, la entidad que se encarga de adelantar la labor de *due diligence*) *se sujeta a una actividad diligente, cuyo resultado se ha de plasmar en un informe final. Pero, por otra parte, tal actividad no puede garantizar el fin propuesto, no*

puede servir entonces de pretexto para que el inversor se desentienda de la gestión (...) es necesaria una cierta comprobación diligente ...” (paréntesis por fuera del texto)²⁴; en efecto, el inversor no puede permanecer pétreo o indiferente frente a la labor de *due diligence*, descargando absoluta responsabilidad en ésta última, como quiera que, en puridad, “... *la correlación de conductas exige del inversor, en cuanto pueda tener acceso a las instalaciones o a datos relevantes de la empresa, obteniendo una información plena, la valoración adecuada antes de adoptar una decisión definitiva ...”* (se subraya)²⁵. La dinámica propia del tráfico negocial contemporáneo, como se anotó, y “... *la posición de la empresa en un mercado de competencia, como referente objetivo, comporta la necesidad de que el empresario* (refiriéndose al inversionista) *adopte ciertas cautelas ...”* (paréntesis fuera del texto)^{26 27}.

Sobre la cesión de la relación contractual:

5. De otro lado es un hecho cierto acerca de cuya realidad no hay controversia entre las partes en este proceso, que con fecha 27 de febrero de 2007 y con el fin de que produzca los efectos que le son propios a partir del día 3 de marzo siguiente a las 0,00 horas, en desarrollo del programa de transferencia de activos y de cesión de derechos y contratos aprobado por el Decreto 1404 de 2005, la Empresa convocada formalizó por escrito con la compañía convocante, mediando la aceptación otorgada en forma anticipada por el contratante cedido, el Acuerdo de Cesión de Contrato en los términos que da cuenta el documento obrante a folios 22 y 23 del Cuaderno de Pruebas número 2 del expediente, Acuerdo en cuya virtud la primera de aquellas entidades

²⁴ Luís Hernando Cebriá. La revisión legal (legal due diligence) en el derecho mercantil. Comares. Granada. 2008. p.253.

²⁵ Luís Hernando Cebriá. La revisión legal (*legal due diligence*) en el derecho mercantil. *Op.Cit.*, p.252; *Cfr.* Hallet Charro. Due diligence. En: J. Álvarez Arjona, *Et.Al.*, Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas. Aranzadi. Pamplona. 2001. pp.135 y ss.

²⁶ Luís Hernando Cebriá. La revisión legal (*legal due diligence*) en el derecho mercantil. *Op.Cit.*, p.13; a lo anterior agrega el prenotado autor que “... *la investigación detallada sobre la empresa o inversión objetivo persigue un doble fin. De un lado, actúa como mecanismo privilegiado de información para el inversor en la evaluación de las debilidades y riesgos, actuales y futuros, respecto de la empresa. Por otro, permite al empresario trasladar la carga de la evaluación al inversor, y le dispensa de potencialidades responsabilidad derivadas de vicios en el consentimiento de la contraparte ...”*. *Ibidem.*, p.10.

²⁷ Además de las referencias anteriores, sobre este particular *Vid.* G. Weiss. Germany: disclosing a Seller’s due diligence report to purchasers. En: International Business Lawyer. No.32. 2004. p.211. E. Sanz Ferre. Due diligence for Corporate acquisitions. Association Internationale des Jeunes Advocats. Kluwer Law International. Londres. 1996. p.259. D. Rankine; M. Bommer; *Et. Al.* Due diligence. Definitive stops to successful Business combinations. Financial Times Pearson. UK. 2003.

[cedente] es sustituida por la segunda [cesionaria] en “...el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones y en los derechos derivados del contrato de transporte No. STF 07.96...” junto con todas sus modificaciones en cuanto fuere del caso.

En este orden de ideas, teniendo presentes por supuesto las fórmulas normativas que sobre el particular consagra en su Capítulo VI [Artículos 887 a 896], el Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio, es oportuno hacer hincapié en algunos de los principios generales en que se fundamentan aquellas de dichas reglas cuya aplicación es pertinente en punto de zanjar las diferencias litigiosas materia del presente proceso, en particular los Artículos 887, 890 y 895 de la citada codificación legal.

A- Con certero enfoque conceptual, sostiene en la actualidad un amplio sector de la doctrina científica que la llamada impropia “Cesión de Contrato”, y por más veras cuando es ella total y conlleva la liberación del cedente, es el instrumento adecuado para permitir la circulación de un contrato en cuanto valor económico y en su dimensión objetiva integral²⁸, es decir, la transferencia negocial a un tercero [cesionario] del conjunto de posiciones contractuales, entendidas como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente entrelazadas, constituidas en la persona de uno de los contratantes originarios [cedente²⁹], de suerte que a través de esa entrada del cesionario en la calidad de parte contratante, en lugar del cedente, se estima que este último desaparece del contrato y cesa toda su responsabilidad emanada del mismo e inherente a dicha calidad³⁰, lo que implica que una vez

²⁸ Sobre este particular, *Vid.* Puleo. La cessione del contratto. Milano. 1931. p.8-9.

²⁹ Se entiende por cesión de posición contractual “... *el negocio mediante el cual el titular de una relación contractual de prestaciones correlativas que todavía no se han ejecutado (cedente), se sustituye en un tercero (cesionario), con el consenso de la otra parte (cedido) ...*”. (Massimo Bianca. Derecho civil. Tomo 3: el contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. p.735). *Cfr.* CALRIZIA, R. La cessione del contratto. En: *Comm. Schlesinger. Artt.1406-1410. CICALA, Il negozio di cessione del contratto.. Napoli. 1962.* El Dr. Bonivento explica los rasgos generales de la cesión en los siguientes términos: “... *en materia comercial se pueden ceder no sólo los activos individualizados sino una complejidad de derechos y obligaciones; los contratos bilaterales son susceptibles de cesión sin necesidad de que expresamente se consienta en el documento. Basta por el contrario, que no esté prohibida por la ley o por estipulación de las partes. Si los contratantes no prohíben la sustitución, cualquiera de los otorgantes puede ceder sus derechos e imponerle al otro contratante que las obligaciones se cumplan con el cesionario ...*”. José Alejandro Bonivento. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales.* Ediciones librería del profesional. Bogotá. 2008. p.376

³⁰ Sobre la cesión de contrato ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que “... *La cesión del contrato es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el traspaso que, con el consentimiento del otro a menos, claro está, que exista disposición legal en contrario,*

ocurrida esa sustitución, no podrá la otra parte [contratante cedido] ejercitar acción alguna fundada en el contrato contra el cedente, así como tampoco podrá exigirle el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en un comienzo ni, llegado el caso, reclamarle la respectiva indemnización de perjuicios.

De hecho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 890 del Código de Comercio, la única responsabilidad que desde el punto de vista legal le corresponde al cedente en el marco de la cesión de contrato, es la que tiene que ver con la existencia y validez del contrato cedido, por manera que, de ser el acuerdo negocial ineficaz, deberá entonces el cedente responder por los perjuicios que dicha circunstancia le irroque al cesionario; sin embargo, es claro que esa no es la hipótesis que se discute en este asunto en particular, en la que las partes no controvierten la validez o la existencia del acuerdo cedido, razón por la cual no es dable pensar en responsabilidad alguna del cedente por esta vía.

Así las cosas, y atendida la descripción de esta figura mediante el señalamiento normativo de los elementos que la caracterizan, contenida en el Artículo 887 del Código de Comercio, bien puede decirse que se trata, en lo esencial, de un acto único de disposición de la relación contractual íntegra, guiado por un propósito práctico inteligible sin mayor dificultad y que la doctrina³¹ precisa en los siguientes términos, luego de hacer ver con razón que todo lo que tiene entidad, todos los entes y entre ellos los contratos, tienen calidad suficiente para ser objeto de un acto o declaración de voluntad: “...Desde otro punto de vista –dice el expositor en cita- la velocidad que ha alcanzado el comercio en los

un contratante hace a un tercero que pasa ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral. En tal caso, existe una sola relación contractual de la cual es, por regla general, desplazado uno de los contratantes originales ...” (Auto 160 de junio 28 de 1995. Exp.4571).

³¹ En el laudo arbitral que dirimió la disputa entre Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “Corabastos”, se afirmó, en punto tocante con los rasgos característicos de la figura de la cesión de posición contractual, que “... si se tienen en cuenta las disposiciones legales subsiguientes que regulan la figura de la cesión del contrato, así como la opinión de la doctrina, el tribunal destaca, para los efectos del presente laudo, las siguientes características de esta operación: a) Se trata de una figura aplicable de manera especial a los contratos bilaterales con obligaciones vigentes para ambas partes y principalmente, a los contratos de tracto sucesivo. Lo anterior se explica porque si se tratara de negocios unilaterales o de contratos en los cuales una de las partes ya ha cumplido con su obligación, lo que se estaría cediendo sería simplemente un crédito y no un contrato. Por el contrario en la cesión del contrato, a la cual el mismo código se refiere como “sustitución”, el cesionario “sustituye” al cedente en “la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato” ...”. (Laudo arbitral fechado del 12 de diciembre de 2001)

últimos tiempos hace a veces necesario dar a los contratos una mayor movilidad que la que han tenido hasta ahora, y permitir su cesión o transferencia entre vivos. Según señala Andreoli, a la creciente celeridad en el desarrollo de las transacciones debe responder una semejante movilidad de los contratos, los cuales son valores económicos idóneos para una determinada forma de circulación (...) Si se reconoce un valor económico al contrato, debe admitirse su capacidad para circular en el comercio jurídico...”³², y es la cesión del contrato en su integridad, precisamente, un instrumento dispuesto para alcanzar esa finalidad en tanto que por su conducto se llega al resultado de que un tercero extraño “...subintra en la categoría de parte contractual, en lugar de uno de los contratantes originarios...”³³

B- Siguiendo las orientaciones doctrinarias de mayor arraigo en la actualidad, de la cesión de contrato cabe decir, en consonancia con lo que acaba de observarse, que es la subrogación voluntaria de una de las partes en un contrato por un tercero, el cual asume la misma posición jurídica del subrogado, integrada ésta por el conjunto indivisible de derechos y obligaciones emanados del mismo contrato e ínsitos en dicha cualidad subjetiva.

En consecuencia, en estricto rigor jurídico y por cierto es lo que en último análisis se desprende del texto del Artículo 887 del Código de Comercio atrás citado, la materia del contrato de cesión no es un contrato formado con anterioridad y todavía pendiente de ser ejecutado total o parcialmente; es la relación comercial originaria en esos términos existente y la posición entera que de ella ha surgido desde un comienzo para el contratante cedente, y en verdad que no podría ser de otro modo por cuanto, como lo anota igualmente la doctrina, siendo el contrato en sí un hecho jurídico que se agota en el tiempo y como tal “...no es susceptible de un fenómeno de cesión, lo que se podrá ceder será el contenido del contrato (...) expresado en los efectos jurídicos provenientes del contrato, esto es las relaciones jurídicas que del contrato toman vida y perduran después del contrato en su fase de acaecimiento...”³⁴ Y en la misma línea de pensamiento, otro expositor italiano³⁵ avanza en la precisión del concepto, empezando por advertir que aun cuando de la definición legislativa del Artículo 1406 del Código Civil de su país, cual ocurre en Colombia con el Artículo 887 del Código de Comercio, podría desprenderse que la sustitución del cedente por el cesionario está circunscrita solamente a las relaciones básicas (activas o pasivas) derivadas del contrato transferido, ello no es así porque a juicio

³² Cfr. Gonzalo Figueroa Yañez. La Asunción de Deuda y la Cesión de Contrato. Editorial Jurídica de Chile. 1984.

³³ Francesco Messineo. Doctrina General del Contrato. Vol.II, Cap. XIII.

³⁴ Domenico Barbero. Sistema del Derecho Privado. Tomo III Num. 716.

³⁵ Marcello Andreoli. La Cesión del Contrato. Cap. II N.9

del doctrinante en cita “...la antedicha sustitución debe entenderse que se produce en toda la posición contractual constituida antes en la persona del cedente, y en particular, también, en el mismo contrato como título constitutivo y como fuente reguladora de los derechos y de las obligaciones adheridas a la precitada posición contractual. Después de la constitución del denominado efecto genético, el contrato bilateral ...[no agotado], aun parcial o totalmente, permanece vivo indudablemente como fuente reguladora del posterior desarrollo de la relación contractual, hasta que esta no quede agotada (lo cual desde un punto de vista exterior, también es de mas clara evidencia en los contratos de ejecución continuada y de ejecución periódica). Ahora bien, la entrada del cesionario en la posición contractual del cedente implica también su sometimiento a la anterior fuente reguladora de la relación contractual, que vinculará al cesionario, después de perfeccionarse la cesión, de igual modo que antes vinculaba al cedente...”.

En sustancia, pues, si por exigencia de la propia hipótesis la cesión de contrato requiere, para su configuración, de la concurrencia de un contrato básico u originario con prestaciones aun no ejecutadas o que lo han sido solo parcialmente³⁶, por un lado, y por el otro del contrato de cesión en cuya virtud una de las partes en el primero –el cedente– tras pasa su situación jurídica toda a un cesionario hasta ese momento tercero absoluto respecto de ese mismo contrato básico, es evidente que al celebrarse el segundo de tales contratos, lo que habrá de suceder en un momento posterior obviamente, el cesionario “...tendrá ante sí los

³⁶ Como en su momento se acotó, la jurisdicción arbitral ha dicho sobre este particular que la cesión se caracteriza porque “... Se trata de una figura aplicable de manera especial a los contratos bilaterales con obligaciones vigentes para ambas partes y principalmente, a los contratos de tracto sucesivo. Lo anterior se explica porque si se tratara de negocios unilaterales o de contratos en los cuales una de las partes ya ha cumplido con su obligación, lo que se estaría cediendo sería simplemente un crédito y no un contrato. Por el contrario en la cesión del contrato, a la cual el mismo código se refiere como “sustitución”, el cesionario “sustituye” al cedente en “la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato” ...” (Laudo Arbitral Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. vs. Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “Corabastos”. Diciembre 12 de 2001). La doctrina coincide con ello; así, por vía de ejemplo, el doctor Jaime Arrubla Paucar afirma que “...la cesión, sostiene la doctrina, solamente tiene lugar en aquellos contratos bilaterales que no han tenido un cumplimiento total de sus obligaciones. Si lo que se pretende es no adquirir la posición contractual con todas las consecuencias que ello implica, no sería necesaria esta figura, sino que se podría acudir a otras por las cuales simplemente se asumen deudas o se ceden créditos. Si en un contrato celebrado una de las partes ya cumplió con todas sus obligaciones, sin embargo el otro contratante tiene pendiente el cumplimiento de la suya, no se justificaría la aplicación de esta figura, en el evento que se quiera circular su interés económico trabado en el contrato; bastaría la cesión del crédito. Lo propio podríamos decir del contratante que ya ha recibido lo que le debían, solamente puede transmitir su obligación ...” (Contratos mercantiles. Medellín. Díké. 1997).

*efectos derivados desde el origen del contrato principal hasta el momento de la celebración de la cesión y también los indudables efectos futuros que la relación contractual pueda originar...*³⁷; la culminación del proceso de cesión, significa el mismo autor, requiere entonces de dos contratos concertados en tiempos distintos, “...el originario no sufrirá ninguna modificación al margen de la sustitución del cedente por el cesionario. Y en cuanto al contrato de cesión, su función termina cuando se produzca dicha sustitución, por lo tanto desaparece totalmente y en forma definitiva, quedando vigente solo la relación derivada del contrato originario, con el nuevo sujeto interviniente...”.

C- Ahora bien, siendo el objeto de la figura comercial en cuestión el traspaso de la posición contractual del cedente en el contrato originario, de modo que por efecto de dicho traspaso el cesionario entra a ocupar su lugar – el del cedente, se entiende- en la relación creada por ese mismo contrato, convirtiéndose en parte contratante ligada en adelante a todos los alcances inherentes al origen y desenvolvimiento de tal relación, valga decir, “...tanto a los efectos pasados que todavía no se han cumplido, como a todos los que se originen en la relación contractual a partir del momento de la cesión...”³⁸, es claro que aquél objeto, a diferencia de otros mecanismos traslativos como la cesión de créditos personales o la asunción de deudas, no se circunscribe a derechos u obligaciones específicos y determinados sino que los comprende a todos en cuanto integrantes de una unidad jurídica de mayor complejidad que, no obstante la cesión y el cambio de titularidad que de ésta se sigue, en su contenido objetivo se conserva incólume.

En síntesis, mediante la cesión de contrato que, como se viene señalando, es siempre de ejecución instantánea con independencia de que a cargo del cesionario –en la hipótesis más común de que la cesión tenga carácter oneroso- puedan correr prestaciones de cumplimiento diferido, el cedente lleva a cabo un acto de disposición patrimonial por el cual se desprende de una situación que subjetivamente le es propia, resultante de la cualidad de parte en el contrato básico u originario con todos los derechos, obligaciones, cargas, responsabilidades y demás anexos inherentes, a título legal o contractual, a dicha situación que por este conducto le es enajenada al cesionario.

6. Así las cosas, la conclusión que se sigue de las consideraciones precedentes es que la Empresa convocada, bajo los términos y condiciones del contrato de asunción de contingencias celebrado, no está obligada a reembolsarle a la compañía convocante las sumas de dinero pretendidas en su demanda, y en consecuencia, le asiste a

³⁷ Luis Romero Zavala. Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Tomo II, Cap.2º

³⁸ Manuel de La Puente y Lavalle. Estudios del Contrato Privado. T.II, Sección 10ª

aquella razón en el argumento defensivo que como excepción de mérito denominó “Inexistencia de Contingencia Reembolsable. Cesión”.

En efecto, al quedar establecido que: (i) Tanto ECOGAS como TGI, en tiempos distintos, hicieron de sus prerrogativas en el contrato de transporte de gas natural STF 07.96, instrumento de explotación abusiva en detrimento de la sociedad Petrotesting Colombia S.A, remitente en dicho contrato; (ii) Los perjuicios patrimoniales experimentados por esta última como consecuencia del señalado comportamiento lesivo, se produjeron entre el 10 de septiembre de 2005 y la decisión arbitral de fecha 13 de mayo de 2008; (iii) En el entretanto, a partir del 3 de marzo de 2007 TGI sustituyó a ECOGAS en su calidad de parte transportadora en aquél contrato, y por lo tanto, encauzada la cuestión a través de la responsabilidad civil contractual, la primera de dichas entidades, dada su condición de cesionaria, se hizo deudora de la correspondiente indemnización que la sociedad damnificada tiene derecho a exigir; y (iv) La prestación contractual de garantía complementaria de contingencias asumida por ECOGAS, no cubre la compensación de ingresos dejados de percibir por TGI como consecuencia de actuaciones de su exclusiva autoría, se impone colegir sobre la base de estos presupuestos, que la condena impuesta en sede arbitral a esta última entidad, en cuanto hace referencia al resarcimiento de los daños causados a Petrotesting Colombia S.A con posterioridad a la cesión del contrato de transporte STF 07-96 tantas veces aludido, no admite el tratamiento de contingencia eventual reembolsable cuyos efectos económicos netos deban correr por cuenta de ECOGAS. De aquí que esta Empresa, al no asumir tales efectos negándose a reintegrarle a TGI, tanto el monto de dicha condena como los ingresos que afirma haber dejado de percibir en tanto se vio obligada a liquidar –por mandato del laudo en mención- el precio del transporte de gas natural sobre una capacidad contratada de 2.520 kpcd entre mayo y junio de 2008, no incumplió el acuerdo contractual sobre asunción de contingencias y por ese motivo, no procede efectuar en su contra la declaración de responsabilidad que se solicita en la pretensión octava (8ª) contenida en la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, hay lugar a reconocerle fundamento a la primera excepción propuesta por ECOGAS en el escrito de contestación de la demanda, excepción que dado su alcance conduce de suyo a desestimar las pretensiones 7ª a 12ª contenidas en la demanda y, de conformidad con el Artículo 306, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, releva de efectuar pronunciamiento acerca de los restantes argumentos defensivos planteados como excepciones en ese mismo escrito, advirtiendo en cuanto atañe a las pretensiones identificadas como 3ª a 6ª en el capítulo petitorio de la demanda, que si bien es lo cierto que son de carácter puramente declarativo de hechos sobre los cuales la incertidumbre que pudiera gravitar respecto de ellos,

como elementos de una relación jurídica controvertida, deja de tener actualidad al declararse que las condenas pecuniarias a cuyo pago por la convocante tales hechos hacen referencia, no configuran una contingencia cuyo efecto económico deba reembolsar ECOGAS, no habrían de requerir en principio de pronunciamiento decisorio expreso, también es cierto que, incurriendo en inexplicable antinomia. dicha Empresa manifestó su oposición a que dichas pretensiones reciban despacho favorable en el laudo, a pesar de aceptar la realidad de los susodichos pagos efectuados por la compañía convocante, motivo por el cual sobre ellas recaerá decisión estimatoria en guarda de las reglas de congruencia que consagran los Artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento civil.

CAPITULO TERCERO

LAS COSTAS Y SU LIQUIDACION

De conformidad con el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto prosperan apenas parcialmente las pretensiones declarativas formuladas por la compañía convocante e igualmente hay lugar a reconocerle mérito a la primera de las excepciones invocada por la convocada, es del caso condenar a aquella a pagar el 80% de las costas en que incurrió esta última entidad, de conformidad con la siguiente liquidación, en la cual se incluye por concepto de agencias en derecho la cantidad de veinticuatro millones cuatrocientos mil pesos (\$24.400.000.00).

Costas

Honorarios y gastos del Tribunal pagados por ECOGAS:.....	\$51.656.000.00
Agencias en derecho:.....	<u>\$24.400.000.00</u>
Total	\$76.056.000.00
Ochenta por ciento (80%)	\$60.844.800.00

DECISION:

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en Derecho las diderencias surgidas entre la compañía TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A E.S.P [TGI] por una parte, y por la otra, la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS [ECOGAS], deivadas tales diferencias del contrato sobre Asunción

de Contingencias celebrado por dichas entidades, habilitado por ambas para hacerlo, con el voto unánime de sus miembros y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que tiene existencia jurídica y es válido con arreglo a la ley, el contrato sobre Asunción de Contingencias celebrado entre la TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A E.S.P [TGI S.A E.S.P] y la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS [ECOGAS], contrato cuyo objeto es la asunción por parte de la segunda de dichas entidades, del Efecto Económico Neto de las “Contingencias Eventuales Reembolsables” que resulten a cargo de la primera.

Segundo. Declarar que TGI S.A E.S.P pagó la suma de Tres Mil Quinientos Setenta y Cuatro Millones Ochocientos Un Mil Cuatrocientos Treinta y Cinco pesos (\$3.574.801.435.00) por concepto de la condena impuesta en el numeral noveno del laudo proferido con fecha trece (13) de mayo de 2008 para ponerle fin al proceso arbitral cursado entre la sociedad Petrotesting Colombia S.A y TGI S.A E.S.P.

Tercero. Declarar que TGI S.A E.S.P pagó la suma de Doscientos Dos Millones Seiscientos Cincuenta y Cuatro Mil Doscientos Setenta y Dos pesos (\$202.654.272.00) por concepto de costas, fijadas en el numeral Undécimo del mismo laudo arbitral.

Cuarto. Declarar que TGI S.A E.S.P pagó la suma de Ochenta y Siete Millones de pesos (\$87.000.000.00) por concepto de honorarios profesionales, causados por el apoderamiento en el mismo proceso arbitral.

Quinto. Declarar que TGI S.A E.S.P pagó la suma de Ciento Ochenta y Seis Millones Quinientos Cincuenta y Cinco Mil Ochocientos Veinte pesos (\$186.555.820.00) por concepto de honorarios y demás expensas de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento de la sociedad Petrotesting Colombia S.A contra TGI S.A E.S.P.

Sexto. Declarar fundada la excepción de fondo que en el escrito de contestación de la demanda, la Empresa convocada en el presente proceso denominó “Inexistencia de una Contingencia Reembolsable. Cesión”.

Séptimo. Desestimar por falta de fundamento y como consecuencia de la declaración precedente, las pretensiones identificadas como séptima, octava, novena, décima, décimo primera y décimo segunda formuladas en el capítulo petitorio de la solicitud de convocatoria [demanda] que le dio comienzo al presente proceso.

Octavo. Abstenerse de resolver sobre las excepciones de fondo que en el escrito de contestación de la demanda que, en el presente proceso, la Empresa convocada denominó “Responsabilidad de TGI por hechos propios a partir del 2 de marzo de 2007”, “Inexigibilidad de la obligación pretendida por TGI”, “Objeto ilícito en el Acuerdo de Contingencias” y “Venire contra Factum Proprio Non Valet”, en observancia de lo dispuesto por el Artículo 306, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil.

Noveno. Condenar a la sociedad TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A E.S.P -TGI S.A E.S.P- a pagarle a la EMPRESA COLOMBIANA DE GAS -ECOGAS- la suma de se sesenta millones ochocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos pesos (\$60.844.800.00) por concepto de costas, de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

Décimo. Por secretaría procédase a expedir, con las notas de exigibilidad que correspondan de acuerdo con la ley, copia del presente laudo con destino a las partes, al Ministerio Público y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Undécimo. Una vez en firme esta laudo, procédase por el Presidente del Tribunal a rendir cuenta a las partes de los fondos puestos a su disposición para gastos del proceso y, llegado el caso, háganse las devoluciones de remanentes a que hubiere lugar.

Notificado en estrados

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
Árbitro Presidente

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Árbitro

JUAN MANUEL GARRIDO DIAZ
Árbitro

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Secretaria