

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. (ANTES GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A.S. – GAZEL S.A.S.) CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

ACTA No. 10

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de enero de dos mil quince (2015), a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), se reunió el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las diferencias entre ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. (antes GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A.S. – GAZEL S.A.S.) integrado por los doctores ENRIQUE LAVERDE GUITÉRREZ, Presidente, CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ y LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Árbitros, y MARÍA ISABEL PAZ NATES, Secretaria ad-hoc, con el objeto de continuar con el trámite arbitral.

Iniciada la sesión, el Tribunal de Arbitramento conoció el siguiente

INFORME SECRETARIAL

1. El 16 de diciembre de 2014, el doctor Pedro Antonio Chaustre Hernández, apoderado de la parte convocada, radicó escrito por medio del cual, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Auto 9 del día 11 de diciembre de 2014, allegó el documento denominado "*Estudio sobre la terminación del contrato de estabilidad jurídica N° EJ 019 de 2008*" de fecha 23 de abril de 2014, así como también, memorial suscrito por la doctora Esther Rocío Cortés, donde remite al Tribunal Oficio N° ITA- MME-CA-EHW-CEJ-026 de fecha 11 de febrero de 2014, Oficio N° ITA-MME-CA-EHW-CEJ-026 de fecha 3 de abril de 2014 y copia de comunicación de fecha 23 de abril de 2014
2. El 17 de diciembre, por conducto de la secretaria del Tribunal, fueron notificados el señor Agente del Ministerio Público, doctor Nicolás Yepes Corrales y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de los documentos allegados el 16 de diciembre por el apoderado de la parte convocada.
3. El 6 de enero de 2015, vía correo electrónico y en físico, el Agente del Ministerio Público, doctor Nicolás Yepes Corrales, remitió copia del concepto del Ministerio Público sobre la conciliación celebrada por las partes en el presente trámite.

Hasta aquí el informe secretarial. Los documentos antes relacionados han sido incorporados al expediente.

Teniendo en cuenta el anterior informe secretarial, el Tribunal de Arbitramento dictó el siguiente,

AUTO No. 12

Mediante esta providencia se adopta la decisión respecto del Acuerdo Conciliatorio celebrado por las partes, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. El contrato objeto de la controversia

El día 6 de noviembre de 2008, la sociedad Gas Natural Comprimido S.A. o GAZEL S.A. y el Ministerio de Minas y Energía suscribieron el Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 019 cuyo objeto era la realización por parte de GAZEL S.A, del proyecto relacionado con la construcción de 90 nuevas estaciones de servicio de gas natural vehicular, que se describe en la solicitud presentada por la sociedad GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A – GNC S.A o GAZEL S.A para cuyo propósito la NACIÓN – Ministerio de Minas y Energía- se comprometió a garantizar la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión a realizar por parte de GAZEL S.A.

En el referido contrato EJ 019 se entiende como estabilidad jurídica *“la garantía que otorga LA NACIÓN a GAZEL de que se continuará aplicando esa normatividad por el término del contrato”*

2. El pacto arbitral

La cláusula compromisoria, que sirve de fundamento al presente trámite arbitral se encuentra contenida en la CLÁUSULA DÉCIMA SEPTIMA del contrato EJ 019 de 2008 que expresamente dispone:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA. Cláusula Compromisoria. Cualquier diferencia, controversia o reclamo que surja de la celebración del presente contrato, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez, o interpretación, o con los derechos e intereses de LA NACION, o de EL INVERSIONISTA, con la violación real o alegada del Contrato, se someterá a arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, siguiendo los siguientes parámetros: Se designarán tres árbitros escogidos por el Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, el lugar del arbitramento será la ciudad de Bogotá D.C. Colombia y el proceso de arbitramento se adelantará en castellano. El laudo arbitral se proferirá en derecho conforme a las leyes de Colombia; se considerará definitivo y vinculante para LA NACIÓN o EL INVERSIONISTA y en él se adjudicarán los costos del arbitraje en cuestión y todos los asuntos relacionados con el mismo. Se exceptúa de lo anterior, las obligaciones que se puedan hacer valer a través de una acción sumaria o proceso ejecutivo conforme la Ley colombiana.

3. Partes procesales y representación del Ministerio Público

3.1. Es demandante - y demandada en reconvención- en este trámite arbitral la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A**, identificada con el NIT 830095213-0 constituida legalmente mediante escritura pública N° 0006038 de la Notaria 6 de Bogotá D.C del 21 de noviembre de 2001, inscrita el 3 de diciembre de 2001 bajo el número 00804558 del libro IX, quien por escritura pública N° 2099 de la Notaria 16 de Bogotá D.C, del 19 de octubre de 2012 inscrita el 2 de noviembre de 2012 bajo el número 01678478 del libro IX, absorbió mediante fusión a la sociedad Gas Natural Comprimido S.A.S, la cual se disolvió sin liquidarse.

La anterior sucesión procesal fue aprobada por este Tribunal mediante el auto N° 11 de 15 de enero de 2015.

3.2. Es demandada –y demandante en demanda de reconvención– en el presente Trámite Arbitral **LA NACION – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA**.

3.3. Interviene el presente trámite como agente del Ministerio Público el doctor **NICOLÁS YEPES CORRALES**, Procurador 11 Judicial para Asuntos Administrativos.

4. Trámite dentro del proceso arbitral

4.1 El 5 de abril de 2011 fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral instaurada por la sociedad Gas Natural Comprimido S.A. o GAZEL S.A contra La Nación -Ministerio de Minas y Energía-

4.2. De conformidad con lo dispuesto en el pacto arbitral invocado como sustento de la demanda arbitral, el Tribunal debía conformarse por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá. En tal virtud, mediante la modalidad de sorteo público llevado a cabo el día 22 de marzo de 2012, fueron designados como árbitros principales los doctores Eduardo Fonseca Prada, Ligia López Díaz y William Namén Vargas y como suplentes los doctores Pedro José Bautista Moller, Enrique Laverde Gutiérrez y Libardo Rodríguez Rodríguez.

Los doctores Eduardo Fonseca Prada, Ligia López Díaz, aceptaron su designación en la debida oportunidad, en tanto que el doctor William Namen Vargas declinó de la designación a él efectuada para participar en este trámite arbitral.

En vista de lo anterior, el 4 de julio de 2013, el Centro de Arbitraje y Conciliación, comunicó la designación al árbitro suplente doctor Pedro José Bautista Moller.

El doctor Pedro José Bautista Moller, aceptó su designación en la debida oportunidad.

4.3. Con fecha 29 de julio de 2013, se instaló el Tribunal conformado por Pedro Bautista Möller –presidente-, Eduardo Fonseca Prada y Ligia López Díaz, y como secretaria Gabriela Monroy Torres. Por Auto No. 1 (Acta No. 1), el Tribunal admitió la demanda arbitral y ordenó correr traslado a la parte convocada y al Ministerio Público.

4.4. Con fecha 6 de diciembre de 2013, la parte convocada presentó demanda de reconvencción.

4.5. El 13 de junio de 2014, las partes presentaron al Tribunal el acuerdo conciliatorio denominado “Acta de Conciliación Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 019 de 2008” *“con miras a someter al Honorable Tribunal el acuerdo logrado entre nuestros poderdantes”*.

4.6. Con fecha 23 de abril de 2014, tanto los árbitros Pedro Bautista Möller y Ligia López Díaz como la secretaria Gabriela Monroy Torres presentaron renuncia de su cargo.

4.7. Como consecuencia de lo anterior, el Centro de Arbitraje procedió a comunicar la designación a los árbitros Enrique Laverde Gutiérrez y Libardo Rodríguez Rodríguez, quienes habían sido sorteados como suplentes de los anteriores, y quienes aceptaron su designación oportunamente.

4.8. Posteriormente, con fecha 25 de agosto de 2014, el árbitro Eduardo Fonseca Prada presentó renuncia. Como efecto de esa renuncia, mediante sorteo se designó como árbitro a Carmenza Mejía Álvarez, quien aceptó la designación oportunamente.

4.9. Mediante Auto N° 8 del 26 de noviembre de 2014 el Tribunal declaró *“reinstalado el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las diferencias entre GAZEL S.A.S., como parte convocante, y LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA- como parte convocada”* y se solicitó a las partes aportar los soportes documentales que permitieran al Tribunal concluir que el acuerdo conciliatorio cumple con los requisitos previstos en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998.

4.10. Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2014, el apoderado de la parte convocante presentó memorial al Tribunal solicitando reconocer el hecho de que, por virtud de la fusión por absorción efectuada por la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A de la sociedad GAZEL S.A.S, para todos los efectos procesales, quien actualmente ocupa la posición de convocante en el presente proceso es la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

4.11. Mediante Auto N°9 del 11 de diciembre de 2014, el Tribunal concedió 3 días a la parte convocada para que aportara copia del informe presentado por la interventoría de fecha 11 de febrero de 2014 y los posteriores realizados así como copia del concepto base usado para efectos de tomar las decisiones en el Comité de Conciliación y Estabilidad Jurídica. Igualmente se ordenó correr traslado al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de los documentos aportados.

4.12. El día 16 de diciembre de 2014 la parte convocada allegó el documento denominado “*Estudio sobre la terminación del contrato de estabilidad jurídica N° EJ 019 de 2008*” de fecha 23 de abril de 2014, así como también, memorial suscrito por la doctora Esther Rocío Cortés, donde remite al Tribunal Oficio N° ITA- MME-CA-EHW-CEJ-026 de fecha 11 de febrero de 2014, Oficio N° ITA-MME-CA-EHW-CEJ-026 de fecha 3 de abril de 2014 y copia de comunicación de fecha 23 de abril de 2014

4.13. El 17 de diciembre, por conducto de la secretaria del Tribunal, fueron notificados el señor Agente del Ministerio Público, doctor Nicolás Yepes Corrales y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de los documentos aportados el 16 de diciembre por el apoderado de la parte convocada.

4.14. El 6 de enero de 2014, vía correo electrónico, el Agente del Ministerio Público, doctor Nicolás Yepes Corrales, remitió copia del concepto del Ministerio Público sobre la conciliación celebrada por las partes en el presente trámite.

4.15. Mediante auto N° 11 de 15 de enero de 2014, el Tribunal decidió, con fundamento en el artículo 68 del Código General del Proceso, admitir la sucesión procesal por la parte de la sociedad GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A.S. – GAZEL S.A.S. a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

5. Síntesis de la controversia

5.1. De acuerdo con el texto de la demanda reformada (folios 450 al 500 del cuaderno principal n° 1), las pretensiones pueden ser resumidas así: (i) Que se declare que las inversiones de Gazel S.A.S. se vieron afectadas por circunstancias ajenas e imprevisibles; (ii) Que se declare que la existencia de un remanente en las inversiones es justificada; (iii) Que se declare que las inversiones posteriores al 31 de diciembre de 2010 es contractual y tiene efectos dentro del contrato; (iv) Que se declare que Gazel S.A.S. tiene derecho a una extensión en el plazo para ejecutar las inversiones a su cargo; (v) Que se condene a La Nación – Ministerio de Minas y Energía al reconocimiento de la prórroga en el plazo de las inversiones; (vi) Que se declare que Gazel S.A.S. cumplió el contrato al 31 de diciembre de 2010 (o que no hay incumplimiento injustificado o que no hay lugar a terminación anticipada del contrato); (vii) Que se declare que el trámite precontractual tuvo demoras injustificadas que ocasionaron la demora en la suscripción del contrato que afectó los cronogramas de inversión, y (viii) Que se declare que durante la ejecución del contrato los trámites ante las entidades tuvieron demoras no atribuibles a Gazel S.A.S. que impidieron la formalización de un documento de prórroga.

5.2. En la contestación de la demanda, La Nación – Ministerio de Minas y Energía el día 6 de diciembre de 2013 propuso los siguientes medios de defensa (folios 1 al 58 del cuaderno principal n° 2): (i) Inexistencia e improcedibilidad de la prórroga del contrato; (ii) Las reglas de los contratos de estabilidad jurídica consagradas en la Ley 963 de 2005; (iii) Excepción de contrato no cumplido – incumplimiento del contrato por parte de Gazel S.A.S.; (iv) La

existencia de mora y concordantes; (v) La existencia de obligación de resultado, y (vi) El supuesto rompimiento del nexo de causalidad mediante causa extraña.

5.3. En la demanda de reconvención (folios 60 al 81 del cuaderno principal n° 2), La Nación – Ministerio de Minas y Energía presentó las pretensiones que pueden ser resumidas así: (i) Que se declare el incumplimiento del contrato de estabilidad jurídica por parte de Gazel S.A.S.; (ii) Que como consecuencia de ese incumplimiento, se declare responsable a Gazel S.A.S. por los perjuicios sufridos por el Ministerio de Minas; (iii) Que se condene a Gazel S.A.S. a pagar los siguientes perjuicios sufridos por el Ministerio de Minas: a) honorarios de abogados por \$310.000.000, b) intereses sobre honorarios de abogados, c) valor de las estaciones de servicio no construidas, las inversiones no ejecutadas y los empleos no generados, d) intereses e indexación sobre esas sumas, e) devolución de los beneficios tributarios recibidos, y f) intereses e indexación sobre el valor de esos beneficios tributarios. Esta demanda reconvención, habida consideración de la conciliación entre las partes, no alcanzó a ser admitida por el Tribunal de Arbitramento y, por lo mismo, no fue objeto de contestación por parte de Gazel S.A.S.

6. El acuerdo de conciliación celebrado por las partes

Mediante escrito radicado el 13 de junio de 2014, los apoderados de las partes presentaron al Tribunal un documento denominado “Acta de Conciliación Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 019 de 2008” de fecha 11 de junio de 2014 con miras a someter al Tribunal el acuerdo logrado entre las partes.

En el referido documento se acordó lo siguiente:

PRIMERO: Conciliar las pretensiones de la demanda principal y de reconvención presentadas ante el Tribunal de Arbitramento. En virtud de la presente conciliación las partes se obligan a:

1. Terminar de mutuo acuerdo a partir de la fecha el Contrato de Estabilidad Jurídica EJ 019 suscrito el 6 de noviembre de 2008.

2. Liquidar de mutuo acuerdo el Contrato de Estabilidad Jurídica EJ-019 del 6 de noviembre de 2008 en virtud del cual las partes declaran que no existen deuda pendientes entre la Nación –Ministerio de Minas y Energía y la Organización Terpel S.A. relativas al mencionado contrato.

3. Someter el presente documento a la aprobación del Tribunal de Arbitramento y solicitar que se dé por terminado el proceso arbitral sin condenas en costas para las partes, por lo que mediante el presente documento renuncian a su reclamación. Los honorarios y gastos relativos al trámite arbitral serán asumidos por cada parte según disponga el Tribunal de Arbitramento de conformidad con los mandatos legales.

4. *Cualquier consecuencia o efecto de carácter fiscal derivado o consecuencia del contrato EJ 019 por no ser competencia del Ministerio no será objeto de la presente conciliación y será exclusivamente del resorte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).*

SEGUNDO: Aprobada la presente conciliación por el Tribunal de Arbitramento, será obligatoria para las partes, prestará mérito ejecutivo y producirá los efectos de cosa juzgada de conformidad con lo establecido en el artículo 2483 del Código Civil y disposiciones legales concordantes. Como consecuencia de lo anterior, la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la Organización Terpel S.A renuncian mutuamente a cualquier acción, derecho o reclamación relacionada con la presente conciliación.

TERCERO: Informar de la presente conciliación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y al Comité de Estabilidad Jurídica dentro de los diez (10) siguientes a la suscripción del presente documento, para lo de su competencia.

II. CONSIDERACIONES

A. Marco normativo y jurisprudencial de la conciliación judicial administrativa

1.- El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 define la conciliación como “*un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador*”, el cual es aplicable respecto de “*todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley*”, según las voces del artículo 65 de la misma Ley 446 de 1998.

En el mismo sentido, el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 8º de la Ley 270 de 1996 (modificado por el artículo 3º de la Ley 1285 de 2009), consagra la conciliación como uno de los mecanismos de solución directa de controversias contractuales, en virtud del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

2.- El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, dispone lo siguiente:

Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo

contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte, el artículo 65A de la misma Ley 23 de 1991, adicionado a dicha ley por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, señala:

Artículo 65-A. El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única.

El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelar, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.

Parágrafo. Lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y, por el agente del Ministerio Público y se remitirá, a más tardar, al día siguiente, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

Igualmente, el parágrafo 2º del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, que aunque se refiere a la conciliación prejudicial se ha considerado aplicable de fondo a la conciliación judicial¹, dispone lo siguiente: “No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”.

Finalmente, el Tribunal destaca que el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 prevé la existencia de un Comité de Conciliación al interior de las entidades estatales, el cual, de acuerdo con el artículo 19-5 del Decreto 1716 de 2009, deberá emitir concepto previo favorable a la conciliación. Señala el citado artículo:

Artículo 19. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

[...]

¹ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 72 de febrero de 2002, expediente 18.331: “Aunque dichas normas estén contenidas en capítulo referido especialmente a la conciliación prejudicial, no obsta para hacerlo extensivo a la conciliación judicial, en aplicación a mecanismos garantistas de legalidad”.

5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

3.- Con base en las anteriores normas, el Consejo de Estado ha construido lo que se considera un esquema de comprobación para verificar si un acuerdo conciliatorio celebrado por una persona de derecho público puede ser aprobado o no por el juez competente. De acuerdo con dicha jurisprudencia,

El juez, para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.*
- La debida representación de las personas que concilian.*
- La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.*
- Que no haya operado la caducidad de la acción.*
- Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.*
- Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.²*

En oportunidad más reciente, el mismo Consejo de Estado ha reiterado estos puntos en los siguientes términos:

Al hacer referencia a materias administrativas contenciosas respecto de las cuales la ley autoriza el uso de la conciliación, dado el compromiso del patrimonio público que le es inherente, el ordenamiento jurídico establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación. De manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 22 de mayo de 2008, expediente 33.797. En igual sentido, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 31 de enero de 2008, expediente 33.371, en el cual se recoge la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de requisitos para la aprobación de un acuerdo de conciliación celebrado por una entidad pública.

aprobación: a. La debida representación de las personas que concilian. b. Capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar. c. La legitimación de las partes que concilian. d. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes. e. Que no haya operado la caducidad de la acción. f. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación. g. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público³.

4.- Con base en las normas y jurisprudencia citadas, para la aprobación de un acuerdo conciliatorio en asuntos o controversias en las cuales intervenga un ente estatal, es necesario entonces verificar:

a.- Que haya sido celebrado por los representantes legales de las partes o por sus apoderados facultados expresamente al efecto;

b.- Que no haya operado la caducidad de la acción;

c.- Que los asuntos objeto de conciliación sean de naturaleza transigible, esto es, que verse sobre materias de libre disposición;

d.- Que exista soporte probatorio del acuerdo conciliatorio para efectos de verificar que el mismo no sea violatorio de la ley;

e.- Que el acuerdo conciliatorio no sea abiertamente lesivo para el patrimonio público, y

f.- Que exista concepto previo favorable del Comité de Conciliación de la respectiva entidad.

B. Análisis de la conciliación celebrada por las partes

Dentro del anterior marco normativo y jurisprudencial, procede el Tribunal a analizar el cumplimiento de cada uno de los requisitos necesarios para la aprobación del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes del presente proceso arbitral, de la siguiente manera:

1.- *Que haya sido celebrado por los representantes legales de las partes o por sus apoderados facultados expresamente al efecto*

El primer requisito para la aprobación del acuerdo conciliatorio se encuentra en la verificación de la capacidad jurídica de las partes para la suscripción de dicho acto jurídico. En ese sentido, el Tribunal encuentra probada dicha capacidad jurídica de la siguiente manera:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 23 de enero de 2013, expediente 43.883.

a.- Desde el punto de vista del Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con el literal f) del artículo 61 de la Ley 489 de 1998 y el literal a) del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el Ministro de Minas y Energía es quien tiene la competencia para celebrar contratos en nombre de la Nación en los asuntos propios del Ministerio de Minas y Energía, por lo cual es quien tiene competencia para celebrar acuerdos conciliatorios.

Precisado lo anterior, el Tribunal observa que el acuerdo conciliatorio objeto de análisis fue suscrito por Amilcar David Acosta Medina, quien de acuerdo con el artículo segundo del Decreto 1980 de 2013, era el Ministro de Minas de Energía al momento de su celebración, por lo cual es claro que el Ministerio estaba correctamente representado por el funcionario que tiene competencia para celebrar acuerdo conciliatorio en su nombre.

b.- De otra parte, en relación con la sociedad Gas Natural Comprimido S.A.S. – Gazel S.A.S., en primer lugar, el Tribunal destaca que, en virtud de lo consignado en la escritura pública 2099 de 19 de octubre de 2012 de la Notaría 16 del Círculo de Bogotá (que consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal aportado el 28 de noviembre de 2014, y que obra a folios 213 al 227 del cuaderno principal 2), existió una fusión por absorción entre la Organización Terpel S.A. y Gazel S.A.S., de tal manera que quien pasó a asumir la posición contractual dentro del Contrato EJ-019 de 2008 y la posición procesal dentro del presente trámite arbitral, a dicho título, es la sociedad Organización Terpel S.A.

Precisado lo anterior, el Tribunal observa que quien suscribió el Acuerdo Conciliatorio fue la señora Sylvia Escobar Gómez, quien de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de la Organización Terpel S.A. (folios 213 al 221.7 del cuaderno principal 2), es la representante legal de la citada sociedad y no existen limitaciones especiales para el ejercicio de esta función, de lo cual se desprende que dicha persona jurídica se encuentra debidamente representada y, por lo mismo, que también tenía la capacidad jurídica para la celebración del acuerdo conciliatorio.

2.- Que no haya operado la caducidad de la acción.

El segundo requisito que debe verificar el Tribunal consiste en que la acción haya sido ejercida oportunamente, esto es, que no haya ocurrido su caducidad. Al respecto, el Tribunal destaca que la demanda inicial fue presentada el 5 de abril de 2011, fecha en la cual aún no había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, pues dicha normativa entró a regir el 2 de julio de 2012, de tal manera que se encontraba vigente el anterior Código Contencioso Administrativo, por lo cual son las normas de dicho régimen las que deben ser tenidas en cuenta para determinar la presentación oportuna de la demanda.

En ese sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que *“la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la vigente a la época*

de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda"⁴.

b.- Con base en lo anterior, el Tribunal destaca que el artículo 136-10 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998), establece las reglas para el cómputo de la caducidad en las acciones contractuales de la siguiente manera:

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

En relación con las anteriores reglas, el Consejo de Estado ha expresado de manera muy sencilla que *"todas las acciones que a bien tenga promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación, si ésta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción"*⁵. Es decir, que uno de los requisitos esenciales para que comience a correr el plazo de la caducidad consiste en que el contrato haya terminado, de tal manera que si el contrato se encuentra vigente y en ejecución, la caducidad de la acción contractual no comienza a correr.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006, expediente 13.750.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de julio de 2013, expediente 24.365.

En el caso concreto, como se desprende del propio acuerdo conciliatorio que dispone la terminación del Contrato EJ-019 de 2008 (numeral 1 del ordinal primero), es claro que el citado contrato se encontraba en ejecución al momento de la presentación de la demanda, de tal manera que el plazo de caducidad de la acción no había comenzado a correr, por lo cual debe entenderse que la acción fue presentada oportunamente.

En consecuencia, el Tribunal concluye que el segundo requisito para la aprobación del acuerdo conciliatorio se encuentra debidamente satisfecho.

3.- Que los asuntos objeto de conciliación sean de naturaleza transigible, esto es, que verse sobre materias de libre disposición.

En cuanto a la naturaleza transigible de los asuntos materia de conciliación, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos *“sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte”,* de tal manera que *“esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio”* y que la *“libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho”*⁶.

Dentro de ese contexto, el Tribunal destaca que las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad Gazel S.A.S. buscan que se resuelva si las inversiones por ejecutar en virtud del Contrato EJ-019 de 2008 fueron afectadas por fenómenos imprevistos; si el plazo para ejecutar las inversiones debe ampliarse y si al contrato se le ha dado adecuado cumplimiento. Por su parte, en las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por el Ministerio de Minas y Energía se busca que se resuelva el incumplimiento del Contrato EJ-019 de 2008 por parte de la sociedad Gazel S.A.S. y si dicho a Ministerio deben serle resarcidos los perjuicios derivados de ese incumplimiento.

En suma, lo pretendido por las partes tiene como objeto la verificación del cumplimiento del contrato y de las afectaciones que sus condiciones de ejecución pudieron tener. Se trata, entonces, de pretensiones de contenido o efecto puramente patrimonial, esto es, que versan sobre derechos de naturaleza disponible y transigible, sobre los cuales, en palabras de la Corte Constitucional, las partes en conflicto *“ejercen su autonomía para disponer de ellos y, en esa medida, pueden también escoger el camino a través del cual pretenden alcanzar una solución, ya sea acudiendo a la justicia formal o escogiendo un conciliador para otorgarle competencia temporal para resolver el conflicto existente”*⁷.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2001. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-378 de 2008.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-222 de 2013.

De otra parte, respecto de los efectos tributarios del contrato celebrado entre Gazel S.A.S. y el Ministerio de Minas y Energía, los cuales no serían materia transigible o de libre disposición por su naturaleza en cuanto versan sobre derechos irrenunciables, como son los tributos, el numeral 4 del ordinal primero de los acuerdos alcanzados en el documento objeto de análisis los excluye expresamente del acuerdo conciliatorio por no ser competencia del Ministerio de Minas y Energía, con lo cual queda claro que dicho aspecto no es transigible, ni forma parte del arreglo entre las partes.

En conclusión, los asuntos objeto del acuerdo conciliatorio sometido al conocimiento del Tribunal efectivamente son de naturaleza patrimonial y, por lo mismo transigibles y de libre disposición, con lo cual se entiende cumplida la tercera condición para la aprobación de la conciliación.

4.- Que exista soporte probatorio del acuerdo conciliatorio para efectos de verificar que el mismo no sea violatorio de la ley

En cuanto al cumplimiento de este requisito, el Tribunal hace el siguiente análisis:

a.- Tomando en consideración que el contrato celebrado entre el Ministerio de Minas y Energía y Gazel S.A.S., es un contrato de estabilidad jurídica regulado por la Ley 963 de 2005 y el Decreto 2950 de 2005 el Tribunal considera pertinente hacer una breve aproximación al concepto y objetivos de esta clase de contratos, lo cual será esencial para analizar el acuerdo conciliatorio puesto a su consideración.

El artículo 1º de la Ley 963 de 2005 define los contratos de estabilidad jurídica y sus objetivos, así:

ARTÍCULO 1o. CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

De acuerdo con la anterior norma, los contratos de estabilidad jurídica tienen como objetivo que se amplíen las inversiones en el país, sea mediante la ejecución de nuevas inversiones o mediante el aumento de las ya existentes. A cambio de esa ampliación en las inversiones, el inversionista tendrá derecho a una seguridad jurídica reforzada respecto de su inversión, esto es, a que se le continúen aplicando las normas tributarias, aduaneras y laborales, entre otras, que fueron las que determinaron que se ejecutara esa inversión nueva o el aumento de la ya existente.

En concordancia con lo anterior, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la Ley 963 de 2005, *“lo que pretende el Gobierno es que el inversionista tenga la confianza y seguridad de que aquellos incisos, ordinales, literales, párrafos o artículos específicos de leyes o actos administrativos, que sean trascendentales para conformar su decisión de invertir, no le sean modificados en su detrimento”*. En palabras de la Corte Constitucional, los propósitos de la Ley 963 de 2005 son los siguientes: *“establecer una herramienta jurídica mediante la cual se incentive la inversión extranjera en Colombia, y de esta forma incrementar el crecimiento económico del país, haciéndole frente a uno de los mayores inhibidores de la misma, como son los riesgos jurídicos, los cuales, resultan ser imprevisibles y difícilmente cuantificables, a diferencia de los físicos y económicos”*⁸. Igualmente ha dicho la Corte Constitucional:

Los objetivos perseguidos por el Gobierno Nacional mediante esta ley fueron: i) estimular nuevas formas de inversión, ii) atender a una necesidad apremiante para los inversionistas, y iii) equilibrar los intereses de los inversionistas y el interés general. Respecto del primer objetivo, relacionado con la promoción de nuevas formas de inversión, con la ley 963 de 2005 se pretende alcanzar tasas de crecimiento que permitan mejorar el nivel de desarrollo económico.

En cuanto a la conveniencia de atender necesidades de los inversionistas, la ley busca garantizar la estabilidad jurídica, teniendo en cuenta que la incertidumbre originada en los cambios normativos representa una variable que, en buen número de casos, sirve para disuadir a los inversionistas, ya que no cuentan con la posibilidad de establecer de antemano los riesgos y los beneficios derivados de las permanentes modificaciones legislativas.

El equilibrio entre los intereses de los inversionistas y el interés general se busca generando condiciones para que los aportes de capital se lleven a cabo dentro de condiciones de estabilidad jurídica respecto de aquellas normas consideradas determinantes para llevar a cabo la inversión. El interés general queda a salvo merced a la cláusula de exclusión, según la cual no se podrá conceder la estabilidad sobre normas relativas al régimen de seguridad social, la obligación de declarar y pagar los tributos o inversiones forzosas que el Gobierno Nacional decreta bajo estados de excepción, los impuestos indirectos, la regulación

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006.

prudencial del sector financiero y el régimen tarifario de los servicios públicos (art. 11 de la ley). Además de este límite material, la ley fija uno temporal, pues los contratos permanecerán vigentes por un mínimo de tres (3) años y hasta un máximo de veinte (20) años (art. 6º ibídem.)⁹.

Por su parte, en el documento Conpes 3366 de 2005, "Condiciones técnicas para la evaluación de solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica", se expresó lo siguiente sobre el objetivo de los contratos de estabilidad jurídica:

Es reconocida la estabilidad jurídica como uno de los factores de mayor incidencia sobre la decisión de inversión por parte de un inversionista. Por este motivo, y con el único objeto de estimular el crecimiento económico y el bienestar social nacional, promoviendo nuevas inversiones y la ampliación de las existentes, los contratos de estabilidad jurídica otorgarán a los inversionistas que los suscriban el derecho a que se les continúe aplicando las normas o interpretaciones administrativas vinculantes específicas, consideradas como determinantes de la inversión y amparadas por el contrato, en caso de ser modificadas de manera desfavorable a éstos.

Para el Tribunal es claro que el objetivo de la Ley 963 de 2005 era generar condiciones para estimular o promover la confianza de los inversionistas a efectos de lograr un aumento en los flujos de capital privado que beneficiaran el interés público. Así, la finalidad de celebración de los contratos de estabilidad jurídica, desde la perspectiva del Estado, era atraer nuevos capitales privados o ampliar los existentes a fin de fortalecer el crecimiento económico del país, aumentar el recaudo y generar nuevos empleos; en cambio, desde el punto de vista de los inversionistas, era mantener las condiciones jurídicas que determinaron la conveniencia de ejecutar o ampliar la inversión en Colombia.

b.- Bajo esa perspectiva legal, el Tribunal analizará las pruebas pertinentes para efectos de verificar que el Acuerdo Conciliatorio no sea violatorio de la ley. Para el efecto, encuentra el Tribunal que obran en el expediente los siguientes medios probatorios que se consideran relevantes:

i. Contrato de Estabilidad Jurídica 019 de 6 de noviembre de 2008, celebrado entre el Ministerio de Minas y Energía y Gazel S.A.S. (folios 245 al 253 del cuaderno de pruebas 1). El objeto del citado contrato, de acuerdo con la cláusula primera del mismo, es el siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA. Objeto del contrato. El objeto del presente contrato es la realización por parte del INVERSIONISTA, del proyecto relacionado con la construcción de 90 nuevas estaciones de servicios de gas natural vehicular, que se describe en la solicitud presentada por la sociedad GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A. – GNC S.A. o GAZEL S.A., para cuyo propósito la NACIÓN

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006.

garantiza la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión, señaladas en la Cláusula Cuarta de este contrato.

En cuanto a la inversión por ejecutar a cargo de Gazel S.A.S., en la cláusula segunda se pactó lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA. Descripción del proyecto de inversión, monto y plazo. El proyecto de inversión que adelantará el INVERSIONISTA relacionado con la construcción de 90 nuevas estaciones de servicios de gas natural vehicular, el cual se encuentra descrito en la solicitud de la empresa. El monto total de la inversión será la suma de CIENTO DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$118.420.272.000) a realizarse en el término de tres (3) años, comprendidos entre el 2008 y 2010, de acuerdo a lo establecido en la cláusula tercera.

De manera coherente con lo anterior, como obligaciones a cargo de Gazel S.A.S. relevantes para el análisis del documento de conciliación, las partes pactaron lo siguiente en la cláusula sexta del contrato:

CLÁUSULA SEXTA. Obligaciones del INVERSIONISTA. El INVERSIONISTA se obliga a: -1. Realizar la inversión a que se refieren las cláusulas segunda y tercera del presente contrato, en las cuantías, plazos máximos, y demás condiciones señaladas allí y en la cláusula tercera (sic). -2. Pagar a la NACIÓN la prima de estabilidad jurídica, por el valor total y en las condiciones indicadas en las cláusulas octava y novena del presente contrato. -3. Durante el plazo de ejecución del contrato generar un número aproximado de 1188 empleos permanentes (operación y mantenimiento de las estaciones de servicio), y 2250 temporales (construcción de obras), directamente o por intermedio de sus contratistas, para un total de 3438 empleos, de acuerdo con lo estipulado en el Informe Técnico de evaluación de la solicitud de contrato. -4. Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad a que se refiere la inversión.

Finalmente, como plazo de duración del contrato de estabilidad jurídica, en la cláusula décimo primera, se previó un plazo de 20 años, contados a partir de la celebración del acta de inicio y el cumplimiento de los requisitos de ejecución pactados en la cláusula décimo novena (pago del impuesto de timbre, cancelación de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación Pública y registro del contrato ante el Departamento Nacional de Planeación).

ii. Resolución 180038 de 15 de enero de 2010 (folios 372 al 375 del cuaderno de pruebas 1), mediante la cual el Ministerio de Minas y Energía declaró la terminación anticipada del Contrato EJ-019 de 2008 habida consideración de que Gazel S.A.S. no cumplió con la

totalidad de inversiones previstas para el año 2008. Sin embargo, mediante Resolución 180452 de 19 de marzo de 2010 (folios 377 388 al del cuaderno de pruebas 1), al resolver el recurso de reposición interpuesto por Gazel S.A.S., se revocó la terminación anticipada por considerar que las demoras en las inversiones tenían justificación en hechos ajenos al inversionista y que el contratista había obrado de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones.

iii. Informe de 18 de mayo de 2011, mediante el cual la Interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 expresó al Ministerio de Minas y Energía que las obligaciones principales del contrato de estabilidad jurídica no habían sido cumplidas por parte de Gazel S.A.S. y, por lo mismo, tampoco se habían cumplido los objetivos de la política pública del gobierno nacional (folios 519 al 533 del cuaderno de pruebas 1).

iv. Informe de 27 de abril de 2012, mediante el cual la Interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 expresó al Ministerio de Minas y Energía que los porcentajes de cumplimiento del citado contrato a 31 de diciembre de 2011 eran los siguientes: (i) Construcción de EDS: 94%; (ii) Ejecución de inversión: 103%; (iii) Generación de empleos permanentes: 56%, y (iv) Generación de empleos temporales: 129% (folios 56 al 110 del cuaderno de pruebas 2).

v. Informe de 8 de noviembre de 2012, mediante el cual la Interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 expresó al Ministerio de Minas y Energía que existen condiciones objetivas para dar por terminado unilateralmente el contrato de estabilidad jurídica (folios 41 al 56 del cuaderno de pruebas 2).

vi. Conforme con lo dicho en el acta de Conciliación, con fecha 18 de abril de 2013 la interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 presentó informe en el cual expresó al Ministerio de Minas y Energía diversas consideraciones sobre las pretensiones presentadas ante el Tribunal de Arbitramento por parte de Gazel S.A.S., pero insistió en que existían las condiciones para que se declarara unilateralmente el incumplimiento del contrato

vii. Informe de 9 de septiembre de 2013, mediante el cual la Interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 expresó al Ministerio de Minas y Energía que las obligaciones principales del contrato de estabilidad jurídica seguían sin haber sido cumplidas por parte de Gazel S.A.S. y, por lo mismo, que aún no se habían cumplido los objetivos de la política pública del gobierno nacional (folios 120 al 130 del cuaderno de pruebas 2).

viii. Informe de 11 de febrero de 2014, mediante el cual la Interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 expresó al Ministerio de Minas y Energía que los porcentajes de cumplimiento del citado contrato eran los siguientes: (i) Construcción de EDS: 103.33%; (ii) Ejecución de inversión: 106.82%; (iii) Generación de empleos permanentes: 60%, y (iv) Generación de empleos temporales: 131% (folios 310 al 321 del cuaderno de principal 2).

ix. Informe de 3 de abril de 2014, mediante el cual la Interventoría del Contrato EJ-019 de 2008 expresó al Ministerio de Minas y Energía que se ratificaban las conclusiones del informe de 11 de febrero de 2014 en cuanto a los porcentaje de cumplimiento de las obligaciones por parte de Gazel S.A.S. (folios 322 al 33 del cuaderno de principal 2).

x. Negación indefinida por parte de la Organización Terpel S.A. en el sentido de que con posterioridad a que ocurriera la fusión por absorción, dicha sociedad no ha hecho uso de los beneficios tributarios derivados del Contrato EJ-019 de 2008, negación realizada tanto en el acuerdo conciliatorio como en la audiencia de conciliación de fecha 11 de diciembre de 2014.

c.- Con base en los anteriores documentos, el Tribunal encuentra probados los siguientes hechos relevantes para el análisis del acuerdo conciliatorio: (i) que entre el Ministerio de Minas y Energía y la sociedad Gazel S.A.S. se celebró un contrato de estabilidad jurídica con el objetivo de dicha sociedad realizara unas inversiones durante los años 2008, 2009 y 2010 a cambio de mantener la aplicación de las normas determinantes para la inversión durante veinte años; (ii) que efectivamente Gazel S.A.S. incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de inversión, pues solo hasta el año 2013 terminó de ejecutar las inversiones cuyo plazo contractual vencía en el año 2011; (iii) que las razones por las cuales existió ese retardo en la ejecución de las inversiones fueron aceptadas en su momento por parte del Ministerio de Minas y Energía como circunstancias no imputables a Gazel S.A.S.; (iv) que Gazel S.A.S. realizó inversiones por montos superiores a los mínimos pactados contractualmente y generó empleos temporales superiores a los estimados en el contrato, pero dio lugar a un número menor de empleos permanentes frente al previsto contractualmente, y (v) que con posterioridad a la ocurrencia de la fusión por absorción de Gazel S.A.S. por la Organización Terpel S.A., dicha sociedad no ha hecho uso de los beneficios tributarios derivados del Contrato EJ-019 de 2008.

d.- De acuerdo con lo anterior, para el Tribunal es claro que los objetivos para los cuales se creó el régimen especial de los contratos de estabilidad jurídica, aunque con algunas demoras justificadas, fueron cumplidos en el caso concreto en términos generales. En efecto, las obligaciones principales de Gazel S.A.S. en virtud del contrato celebrado, pueden resumirse en dos: la ejecución de inversión y la creación de nuevos empleos, las cuales fueron cumplidas como se explica a continuación:

i. En cuanto a la obligación de inversión, de acuerdo con los informes de la interventoría del Contrato EJ 019 de 2008 mencionados antes, está probado que se construyeron la totalidad de las estaciones de servicio de gas natural vehicular y que se ejecutó la totalidad del monto de las inversiones a cargo de Gazel S.A.S., e incluso, está probado que las anteriores obligaciones fueron ejecutadas por encima de lo pactado contractualmente. Ahora bien, en relación con el hecho de que se hubiera ejecutado tardíamente la inversión, está probado que mediante la Resolución 180452 de 19 de marzo de 2010, al resolver el recurso de reposición interpuesto por Gazel S.A.S. contra la decisión de terminación

anticipada, el Ministerio de Minas y Energía aceptó que las demoras en las inversiones tenían justificación en hechos ajenos al inversionista y que el contratista había obrado de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones, de tal manera que la mora en la ejecución de las inversiones no puede ser justificación para no concluir que se cumplieron estas dos obligaciones.

ii. En cuanto a la obligación de creación de nuevos empleos, observa el Tribunal que en el contrato se pactó que Gazel S.A.S. se comprometía crear “un número aproximado” de nuevos empleos permanentes y transitorios, lo cual implica que la obligación no era la de crear exactamente el número los empleos mencionados en la cláusula sexta, pues dicho número era simplemente un estimativo, sino que la obligación era la de crear nuevos empleos coherentes con la necesidad de operación y mantenimiento de las estaciones de servicio (para los empleos permanentes) y de construcción (para los empleos temporales). Bajo ese entendimiento de la obligación a cargo de Gazel S.A.S., el Tribunal considera que, en términos generales, la misma también se cumplió, pues lo cierto es que, de acuerdo con los informes de la interventoría, en los empleos temporales se creó un número superior al contractualmente estimado, mientras que en los empleos permanentes, aunque se creó un número inferior al estimado contractual, sí se crearon los empleos que demandan la operación y mantenimiento de las estaciones de servicio.

En suma, para el Tribunal es claro que el Acuerdo Conciliatorio no constituye un medio para que el Ministerio de Minas y Energía excuse a la sociedad Gazel S.A.S. del cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, pues lo cierto es que, en términos generales, antes de llegarse a la conciliación, la citada sociedad había dado cumplimiento a sus obligaciones. No se trata, entonces, de una mera liberalidad del Ministerio de Minas y Energía, sino del mecanismo para solucionar la controversia sobre el cumplimiento oportuno o no de las obligaciones asumidas por la sociedad Gazel S.A.S. en virtud del contrato, el cual queda solucionado con el acuerdo entre las partes.

4.- Que el acuerdo conciliatorio no sea abiertamente lesivo para el patrimonio público.

En cuanto a la lesión al patrimonio público, el Tribunal observa que tal lesión no existe y que, por el contrario, la celebración del Acuerdo Conciliatorio genera beneficios para dicho patrimonio. En efecto, si bien es cierto que se resulta aceptando como suficiente para el cumplimiento del contrato la creación de un número de empleos permanentes sensiblemente inferior al estimado en el contrato, también es cierto que los beneficios económicos derivados de la celebración del contrato de estabilidad jurídica fueron inferiores en el tiempo a los pactados, pues solo fueron disfrutados entre 2009 (año de suscripción del acta de inicio) y 2012 (año de la fusión entre la Organización Terpel S.A. y Gazel S.A.S.), y no durante los veinte años de plazo pactado.

En efecto, desde que ocurrió la fusión entre la Organización Terpel S.A. y Gazel S.A.S., la sociedad absorbente no ha hecho uso de los beneficios tributarios y aduaneros derivados del contrato de estabilidad jurídica. Pero, además, con la terminación anticipada el

inversionista no gozará de los beneficios jurídicos durante los veinte años de plazo del contrato, sino que apenas los habrá gozado por un plazo menor, esto es, el ocurrido desde la suscripción del acta de inicio y hasta la mencionada fusión o, máximo, hasta la firmeza del presente auto que aprueba la conciliación en virtud de la cual se termina anticipadamente el contrato.

6.- Que exista concepto previo favorable del Comité de Conciliación.

Como ya se expresó, de acuerdo con el artículo 19-5 del Decreto 1716 de 2009, el Comité de Conciliación de la respectiva entidad estatal debe dar su concepto favorable de manera previa a la conciliación.

Al respecto, en el caso concreto, encuentra el Tribunal copia auténtica del Acta de Reunión No. 6 del Comité Presencial de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Minas y Energía de fecha 12 de mayo de 2014 (folios 252 al 261 del cuaderno principal 2), en la cual, dentro del orden del día, se analizó el caso del presente trámite arbitral. Luego de la presentación del caso por parte del apoderado judicial y de la respectiva discusión entre los miembros del Comité, en el acta se dejó expreso que *“los miembros del Comité de Conciliación aprobaron el acuerdo de terminación de mutuo acuerdo y su posterior conciliación ante el H. Tribunal Arbitral, presentado para poner fin a las diferencias existentes en desarrollo del contrato de (sic) EJ-019 de 2008 suscrito con GAZEL SAS”*.

Con base en lo anterior, para el Tribunal se encuentra satisfecho el último requisito para la aprobación de la conciliación, esto es, la existencia del concepto previo favorable del Comité de Conciliación del Ministerio de Minas y Energía.

C. Intervención del Ministerio Público

En el término del traslado dispuesto por el Tribunal, el Delegado del Ministerio Público - Procuraduría 11 Judicial Administrativa II- presentó concepto estimando que hay lugar a impartir aprobación al acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 11 de junio de 2014, previas las consideraciones y precisiones que se resumen a continuación:

Empieza el agente fiscal por advertir que, aun cuando para la verificación de los requisitos del acuerdo conciliatorio deba eventualmente analizar algunos aspectos relacionados con el fondo de la controversia suscitada entre las partes, ello no implica en modo alguno hacer juicio de valor ni prejuzgamiento de la misma puesto que el control que en estos casos ejerce el Ministerio Público se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. Cita para el efecto consideraciones del Consejo de Estado (Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa, Exp.31838, sentencia de 18 de julio de 2007).

Señala que el Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución 180038 del 15 de enero de 2010, si bien es cierto que negó la solicitud de prórroga de Gazel, ello no obedeció a que

dicha solicitud careciera de justificación técnica válida, sino por cuanto el Comité de Estabilidad Jurídica del Ministerio estimó que tal solicitud resultaba extemporánea pues había precluido el término de ejecución de las inversiones que debían efectuarse en el año 2008, que a la postre fueron realizadas por el contratista. Destaca que esa decisión fue revocada mediante Resolución 180452 de 19 de marzo de 2010 con fundamento en que la solicitud de prórroga de la empresa contratista obedecía a situaciones y hechos “ajenos a su órbita de influencia y a su voluntad” y que los retrasos en la industria del gas combustible y las necesidades de adecuación de los compromisos son habituales, justificados y necesarios, por lo cual los aspectos que en este caso originaron los incumplimientos del contratista debían ser considerados como eximentes de la responsabilidad del inversionista y, en consecuencia, el Ministerio de Minas y Energía procedió a revocar su decisión.

Resalta que Gazel, tal como se anota en el acuerdo conciliatorio, cumplió cabalmente con el pago a la Nación – Ministerio de Minas y Energía, de la prima de estabilidad jurídica que le correspondía en virtud de la cláusula novena del contrato.

Destaca que el Informe Puntual No.2 del Interventor ITANSUCA – Proyecto de Ingeniería S.A., de 11 de febrero de 2014, da cuenta del cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del contratista al 31 de diciembre de 2013, de la siguiente manera:

Respecto del punto número 1 del Acuerdo Conciliatorio sobre la terminación del contrato EJ-019 de 2008 “a partir de la fecha”, su liquidación de mutuo acuerdo y la declaración de paz y salvo, el Agente del Ministerio Público precisa que, en su concepto, ello debe entenderse realizado y producir sus efectos a partir de la aprobación del acuerdo que imprima el Tribunal, si fuere el caso, y no propiamente desde la suscripción del documento como lo dispusieron las partes. Para apoyar su argumento hace notar que, aun cuando una disposición en tal sentido resulta factible y válida, si se entendiera que el contrato terminó desde el 12 de diciembre de 2014 nada tendría que resolver el Tribunal en el evento en que dicho acuerdo fuera improbadado.

Otra precisión que hace el Agente Fiscal se refiere a que la expresión contenida en la cláusula segunda del acuerdo, según la cual las partes “renuncian mutuamente a cualquier acción, derecho o reclamación relacionada con la presente conciliación”, debe entenderse en relación con las acciones derivadas del contrato y no propiamente con las del acuerdo conciliatorio. Anota que cuando las partes renuncian recíprocamente a interponer nuevas demandas no debe entenderse que están desistiendo de la posibilidad de demandar el cumplimiento de la Conciliación, entre ellas la acción ejecutiva para hacerla efectivo, que es irrenunciable para el Estado, sino la de interponer nuevas acciones en relación con las obligaciones del contrato que quedan solucionadas mediante el acuerdo de las partes. Y enfatiza en que un acuerdo sobre la imposibilidad de perseguir el cumplimiento de los acuerdos objeto de la Conciliación, estaría en contradicción con el orden jurídico.

Adicionalmente, el agente del Ministerio Público se refiere a la mención que se hace en la consideración 7ª del acuerdo respecto de que el Ministerio de Minas y Energía estima que

se cumplieron tardíamente los propósitos de la Ley 963 de 2005, asunto que la vista fiscal estima que resulta intrascendente en este momento en la medida en que dicha ley fue derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012.

Luego de estas precisiones iniciales, el Ministerio Público se refiere las exigencias legales para realizar un pronunciamiento sobre un acuerdo conciliatorio por el cual se solucionen las diferencias derivadas de un contrato estatal, las cuales encuentra que se surten a cabalidad.

En cuanto a la conciliación de las pretensiones de las demandas principal y de reconvención, se abstiene de emitir opinión sobre el contenido de esta última en la medida en que no ha sido objeto de admisión por parte del Tribunal y en consecuencia no se puede verificar si la conciliación sobre la misma cumple o no los requisitos para su aprobación.

En cuanto a las indemnizaciones pretendidas por el Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento defectuoso del contrato, el Ministerio Público precisa que la lesividad del patrimonio público hace referencia a la imposibilidad de renunciar a aquellos derechos que ya se encuentren consolidados a su favor y que sean de naturaleza cierta, no así a la renuncia de aquellos derechos que no sean ciertos e indiscutibles como ocurre en el presente caso.

Con fundamento en todas las consideraciones y precisiones que expuso, el Delegado del Ministerio Público concluye que hay lugar a la aprobación del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes y presentado al Tribunal arbitral para su aprobación el 12 de diciembre de 2014.

D. Conclusión

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que el Acuerdo Conciliatorio celebrado entre el Ministerio de Minas y Energía y Terpel S.A. cumple con la totalidad de los requisitos legales y jurisprudenciales para su aprobación y, además, que recae sobre la totalidad de las pretensiones, de tal manera que debe entenderse que el proceso debe terminarse en virtud de la aprobación que impartirá el Tribunal en la parte resolutive de esta providencia.

E. Los honorarios y gastos del proceso arbitral con ocasión de su terminación por conciliación.

En cualquier estado del proceso arbitral es posible que las partes manifiesten intención de conciliar sus diferencias y en el presente caso se presentó en la etapa inicial -después de varias solicitudes de suspensión del proceso solicitadas por las partes- antes de culminar con la etapa prevista en el artículo 141 del decreto 1818 de 1989, normativa vigente para la época en que fue presentada la demanda arbitral.

Es por ello que el documento contentivo del Acuerdo Conciliatorio fue allegado por las partes el pasado 11 de junio de 2014, con la solicitud de que fuera aprobado por el juez competente, por ser una conciliación extraprocesal en los términos del artículo 24 de la ley 640 de 2001, por tratarse de que una las partes en conflicto es el Estado, en este caso el Ministerio de Minas y Energía.

El Tribunal Arbitral, que se había disuelto por la renuncia que habían presentado los árbitros y el secretario debido a las varias solicitudes de suspensión, nuevamente integrado y reinstalado reanudó el proceso y procedió a darle trámite a la solicitud de la aprobación del Acuerdo Conciliatorio. Es acá donde se observa la función puntual que ejerce el árbitro, pues según la Corte Constitucional en sentencia de C-713-08, Magistrada Ponente Clara Ines Vargas, *“ lo cierto es que en los eventos de conciliación judicial el titular está llamado a cumplir con un rol particularmente activo, al propiciar fórmulas de acuerdo y analizar los términos en que éste se define para efectos de su posterior aprobación, actividades que en razón de su naturaleza y la trascendencia de su decisión, competen al titular de la función de administrar justicia, de modo que el desarrollo de esa actividad involucra el ejercicio de una potestad jurisdiccional que por su naturaleza está reservada sólo a quien ostenta la calidad de funcionario”*. (subraya no es del texto).

Procesalmente en esta oportunidad corresponde al juez homologar el acuerdo conciliatorio al que hayan llegado las partes, o sea analizar judicialmente la petición de las partes en tal sentido, lo que conlleva una revisión de las pretensiones individuales que dieron origen a la controversia arbitral, tal y como se analizó y consideró en los puntos anteriores, deteniéndose ahora el Tribunal en el valor de las pretensiones para determinar la cuantía del proceso. Si se revisa lo pedido por la parte convocante – tanto en la demanda inicial como en su reforma – se refiere a una declaración judicial de su posición contractual justificada por circunstancias imprevisibles y a una ampliación del plazo del contrato de estabilidad jurídica, peticiones éstas sin valor ni estimación económica, mientras que la Nación en su demanda de Reconvención hace unas peticiones de carácter dinerario por concepto de perjuicios patrimoniales, los cuales no se determinaron, pero la petición Primera se refiere al reclamo y devolución de lo pagado por gastos de defensa judicial que concreta en la suma de \$310.000.000.00. Como quiera que estas fueron las pretensiones de las partes, que fueron conciliadas, dicha suma será tenida en cuenta para efectos de determinar las tarifas aplicables a la conciliación. .

Como quiera que el proceso termina por conciliación –aprobada judicialmente- entonces los honorarios serán los establecidos de conformidad con los artículos 1º, 3º y 6º del Decreto 4089 de 2007, en donde se señala una tarifa del 3.5%, correspondiéndole de su monto total un 60% para ser distribuido entre los árbitros y un 40% que corresponde al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

III.PARTE RESOLUTIVA

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, por unanimidad y de acuerdo con el concepto del señor agente del Ministerio Público,

RESUELVE

PRIMERO: Aprobar el acuerdo de Conciliación de fecha 11 de junio de 2014 celebrado entre la Organización Terpel S.A. (antes GAS NATURAL COMPRIMIDO S.A.S. – GAZEL S.A.S.) y la Nación – Ministerio de Minas y Energía, en relación con el contrato de Estabilidad Jurídica EJ-019 de 6 de noviembre de 2008, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, el acuerdo de Conciliación producirá efectos a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia y prestará mérito ejecutivo conforme a la ley.

TERCERO: Dar por terminado el presente proceso arbitral a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: Fijar como honorarios y gastos del proceso arbitral con ocasión de la terminación del proceso las siguientes sumas de dinero:

Cuantía del Proceso: \$310.000.000

Tarifa Conciliación: 3.5% = \$ 10.850.000.

Total de los honorarios y gastos administrativos más IVA (16%): \$12.586.000.

Distribución incluido IVA:

Honorarios del Tribunal (60%): \$7.551.600

Por árbitro: \$2.517.200

Gastos administrativos Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Bogotá (40%): \$5.034.400.

La suma anterior deberá ser asumida por las partes y consignada dentro de los 10 días siguientes a la fecha del presente auto, a órdenes del Presidente del Tribunal.

QUINTO: Expedir con destino a cada una de las partes primera copia de la presente providencia con las constancias de ley y copias auténticas de la misma con destino al señor agente de Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La providencia anterior queda notificada en estrados.

Encontrándose presente los apoderados de la parte convocante y la parte convocada, manifiestan estar de acuerdo con lo dispuesto en el Auto No 12.

Agotado el objeto de la presente audiencia el acta se firma por quienes asistieron:



ENRIQUE LAVERDE GUTIÉRREZ
Arbitro Presidente



CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ
Arbitro




LIBARDO RODRÍGUEZ RODRIGUÉZ
Arbitro




MARIA ISABEL PAZ NATES
Secretaria Ad-hoc



ANDRÉS FELIPE FERNÁNDEZ
Apoderado Convocante
C.C.80.089211
T.P 144.427



JORGE ANDRÉS RÍOS GÓMEZ
Representante Legal Judicial Suplente
C.C. 80.089.334



GLORIA AYDEE PABÓN PAIPILLA
Nación – Ministerio de Minas y Energía
C.C.41.541.555
T.P. 48.490 del C.S de la J.



PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ
Apoderado Convocado
C.C. 79.589.807
T.P. 101.271



NICOLÁS YEPES CORRALES
Procurador 11 Judicial para Asuntos Administrativos