

LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
contra
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC.

Bogotá, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los Árbitros **Álvaro Mendoza Ramírez** – Presidente, **Arturo Solarte Rodríguez** y **César Julio Valencia Copete**, con la secretaría de **Eugenia Barraquer Sourdis**, a dictar el Laudo que pone fin al proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre **CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA** parte convocante y **OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC.**, parte convocada.

El presente Laudo se profiere en derecho.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

1. LAS PARTES

Actúa como parte demandante **CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA**, sociedad colombiana, con NIT 830.095.563-3, -en adelante CECSA, la convocante o la demandante.

Actúa como parte demandada **OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC.** sociedad colombiana, con NIT 900.203.441-1, -en adelante OBC, la convocada o la demandada.

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria es la contenida en la cláusula 20 del Contrato de Transporte Bicentenario del 20 de junio de 2012, firmado entre Canacol Energy

Colombia S.A. y Oleoducto Bicentenario Colombia S.A.S., que es del siguiente tenor:

“Cláusula 20. Resolución de Controversias

Sección 20.01 – Controversias y Arreglo Directo.

(a) Toda diferencia o controversia que surja entre las partes por o con ocasión del presente Contrato, o en relación con el mismo (la “Controversia”), será resuelta a través de los mecanismos señalados en esta Cláusula 20, previa notificación escrita de una Parte a la otra acerca de la existencia de la Controversia (la “Notificación”).

(b) El representante legal de Bicentenario y el representante legal del Remitente intentarán llegar a un arreglo directo que resuelva definitivamente la Controversia y que conste por escrito, dentro de los 60 Días siguientes a la fecha del envío de la Notificación. Si las Partes llegaren a un arreglo directo que conste por escrito conforme a lo dispuesto en esta disposición, el mismo tendrá los efectos de una transacción y será confidencial en los términos de la cláusula de confidencialidad de este Contrato y, no constituirá admisión de responsabilidad ni prueba de ello, salvo que expresamente estipule lo contrario.

Asimismo, los documentos intercambiados por las Partes con ocasión de la Controversia serán igualmente confidenciales en los términos de la cláusula de Confidencialidad del presente Contrato y no podrán ser utilizados como pruebas por las Partes.

(c) Si venciere el plazo indicado en la Sección 20.01 (b) anterior sin que las Partes lleguen a un arreglo directo que conste por escrito, la Controversia se resolverá conforme a las siguientes secciones, según fuere del caso.

Sección 20.02 – Arbitraje Legal: Si la Controversia no es resuelta por arreglo directo conforme a la sección 20.01, está será resuelta de

manera definitiva mediante arbitraje, conforme a las siguientes disposiciones:

(a) El Tribunal estará integrado por 3 árbitros designados de común acuerdo por las Parte;

(b) Si las Partes no designaren los árbitros de mutuo acuerdo dentro de un plazo de 20 días contados a partir de la solicitud de convocatoria del Tribunal, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación del la Cámara de Comercio de Bogotá de la 'Lista A' de árbitros de dicho Centro.

(c) El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Bogotá.

(d) El procedimiento se seguirá en español.

(e) El arbitraje será legal y será administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

(f) Al momento de aceptar su designación, los árbitros deberán manifestar por escrito a las Partes su independencia e imparcialidad para actuar como árbitros en la Controversia.

(g) El arbitraje será en derecho.

(h) El Remitente no podrá oponer o invocar la cláusula compromisoria como fundamento para evitar u oponerse a ser llamado en garantía por Bicentenario."

3. EL TRÁMITE

El 5 de junio de 2017, la convocante, mediante apoderado judicial, presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda que dio origen a este trámite arbitral.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

De acuerdo con el pacto arbitral que fundamenta la demanda y luego de someter la lista de posibles candidatos a una evaluación por parte de la Secretaría de la Presidencia de la República y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva Presidencial N° 3 del 23 de diciembre de 2015, las partes, de común acuerdo, designaron como Árbitros a los doctores Álvaro Mendoza Ramírez, Arturo Solarte Rodríguez y César Julio Valencia Copete, quienes oportunamente aceptaron su designación. En consecuencia, está debidamente integrado el Tribunal de Arbitraje.

El 23 de octubre de 2017 se realizó la Audiencia de Instalación en cuyo desarrollo se profirió el Auto Admisorio de la demanda. La entidad demandada se notificó personalmente ese mismo día, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público fueron notificados el 9 y 10 de noviembre de 2017, respectivamente.

El 15 de enero de 2018, de forma oportuna, la convocada presentó la contestación de la demanda, en la que formuló excepciones de merito y objeción al juramento estimatorio. Mediante Auto N° 2 del 22 de enero de 2018 se corrió el traslado para solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se fundan las excepciones de mérito y con la objeción al juramento estimatorio. Oportunamente, el apoderado de la convocante presentó escrito descorriendo el traslado y solicitando pruebas.

En audiencia llevada a cabo los días 14 de febrero y 9 de marzo de 2018, se adelantó la oportunidad conciliatoria prevista en la ley, la cual se declaró concluida sin que hubiera arreglo alguno. En esa misma audiencia se profirió el Auto mediante el cual el Tribunal resolvió respecto de las sumas por concepto de honorarios y gastos. Los dineros correspondientes a las sumas decretadas se consignaron oportunamente por las partes en la proporción que les correspondía. El 17 de abril de 2018 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite en la que el Tribunal profirió el Auto mediante el cual se declaró competente para conocer de las pretensiones propuestas, así como de las excepciones de mérito formuladas y dictó el auto de decreto de pruebas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

En el proceso se hizo parte el Ministerio Público representado a través del doctor JHON CARLOS GARCÍA, Procurador II Judicial 137 Administrativo. No hubo intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Durante el trámite del proceso el Tribunal sesionó en 27 audiencias. Agotada la instrucción, en la audiencia del 13 de diciembre de 2018 el Tribunal oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión y al señor Agente del Ministerio Público en su concepto final.

Por no haber estipulado las partes el término de duración del proceso, de conformidad con lo establecido en la Ley, este término es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite. En consideración a que dicho término fue suspendido por voluntad de las partes en seis oportunidades, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir Laudo.

4. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

En su demanda CECSA formuló las siguientes pretensiones¹:

Principales.

PRIMERO. *Que se declare que entre Canacol Energy Colombia S.A. (en adelante CECSA) y Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. (en adelante OBC), se celebró un Contrato de Transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario el día 20 de junio de 2012, en virtud del cual CECSA adquirió el derecho a transportar por dicho oleoducto la cantidad de quinientos cincuenta (550) barriles de petróleo por día como capacidad contratada en firme, a cambio del pago de una tarifa de transporte bajo la modalidad “transporte o pague” (“Ship or Pay”).*

SEGUNDO. *Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario*

¹ Folios 5 a 8 del Cuaderno Principal N° 1

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

firmado el día 20 de junio de 2012 por no haber prestado el servicio de transporte en la forma y tiempo debidos, alegando eventos justificados sin demostrarlos en debida forma e incumpliendo el protocolo previsto en el Contrato para dichos eventos.

TERCERO. *Que se declare que en los casos en que CECSA ha pagado a OBC la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) bajo el contrato de transporte fecha 20 de junio de 2012, sin haber podido disfrutar del servicio de transporte en la forma y tiempos debidos como consecuencia de eventos justificados alegados por OBC o por otros hechos no imputables a CECSA, este último tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente una vez cese el evento excusable que impidió temporalmente el transporte.*

CUARTO. *Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por negarse a prestar el servicio de transporte correspondiente a la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) pagada por el servicio que no pudo ser disfrutado en el tiempo y modo debidos.*

QUINTO. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se declare resuelto el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 entre OBC y CECSA.*

SEXTO. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a OBC a pagar a CECSA la suma de siete mil cuatrocientos veinte millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y ocho pesos, y diez centavos (COP\$7.420.484.668,10), equivalente a la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) pagada por CECSA a OBC sin haber podido transportar el hidrocarburo equivalente a dicho pago entre noviembre de 2013 y enero de 2017. Dicha suma se actualizará desde las fechas de pago y hasta fecha del Laudo y, en adelante, causarán intereses moratorios a la tasa máxima prevista por la Ley.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

SÉPTIMO. Que se condene a OBC al pago de todos los demás perjuicios sufridos por CECSA como consecuencia de sus incumplimientos, que sean demostrados en el proceso.

OCTAVO. Que se condene a OBC al pago de las costas y agencias en derecho del proceso arbitral.

Subsidiarias

PRIMERO. Que se declare que entre Canacol Energy Colombia S.A. (en adelante CECSA) y Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. (en adelante OBC), se celebró un Contrato de Transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario el día 20 de junio de 2012, en virtud del cual CECSA adquirió el derecho a transportar por dicho oleoducto la cantidad de quinientos cincuenta (550) barriles de petróleo por día como capacidad contratada en firme, a cambio del pago de una tarifa de transporte bajo la modalidad "transporte o pague" ("Ship or Pay").

SEGUNDO. Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por no haber prestado el servicio de transporte en la forma y tiempo debidos, alegando eventos justificados sin demostrarlos en debida forma e incumpliendo el protocolo previsto en el Contrato para dichos eventos.

TERCERO. Que se declare que en los casos en que CECSA ha pagado a OBC la tarifa "transporte o pague" ("Ship or Pay") bajo el contrato de transporte fecha 20 de junio de 2012, sin haber podido disfrutar del servicio de transporte en la forma y tiempos debidos como consecuencia de eventos justificados alegados por OBC o por otros hechos no imputables a CECSA, este último tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente una vez cese el evento excusable que impidió temporalmente el transporte.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

CUARTO. *Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por negarse a prestar el servicio de transporte correspondiente a la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) pagada por el servicio que no pudo ser disfrutado en el tiempo y modo debidos.*

QUINTO. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a OBC a prestar a CECSA el servicio de transporte de 315.271 barriles de petróleo por los cuales se ha pagado la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) sin pago alguno como contraprestación hasta que se agote dicho monto en el momento en que sea solicitado por CECSA.*

SEXTO. *Que se condene a OBC al pago de todos los demás perjuicios sufridos por CECSA como consecuencia de sus incumplimientos, que sean demostrados en el proceso.*

SÉPTIMO. *Que se condene a OBC al pago de las costas del proceso arbitral.*

OBC se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó:²

1. *Cumplimiento cabal de la obligación de información prevista en el artículo 8.03(a) del Contrato.*
2. *Relatividad de los contratos.*
3. *Ausencia de derecho de CECSA a reclamar el pago del valor de la tarifa “Ship or Pay”.*
4. *Ausencia de Responsabilidad de OBC —inexistencia de daño resarcible—*

² Folios 314 a 335 del Cuaderno Principal N° 1

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

5. *Ausencia de Responsabilidad de OBC —ausencia de nexo de causalidad entre los supuestos incumplimientos y el daño alegado por CECSA—.*

6. *CECSA no puede contravenir lo que fue su inveterada conducta contractual.*

7. *Inexistencia de condiciones para solicitar la resolución del Contrato.*

A. *CECSA incurrió en culpa al no pronunciarse en contra de las manifestaciones y la información suministrada por OBC respecto de los Eventos Justificados.*

B. *OBC no incumplió su deber de información, y de haberlo incumplido, no fue constituido en mora por CECSA.*

C. *OBC no incumplió su deber de información frente a la ocurrencia de Eventos Justificados, e incluso si lo hubiera incumplido, tal incumplimiento no es suficiente para pedir la resolución del Contrato.*

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda.³ La respuesta de la parte convocada a los mismos, está en la contestación de la demanda.⁴

Según la demanda, los hechos se pueden resumir así:

En el año 2010 ECOPEPETROL S.A. inició la promoción del proyecto del Oleoducto Bicentenario con el fin de mejorar la infraestructura de transporte de petróleo crudo en Colombia. La fase I del proyecto consistía en la construcción de un oleoducto entre la estación de Arguaney en Casanare y la estación de Banadía en Arauca. El objetivo de ese oleoducto era el de conectar el Oleoducto Monterey – Arguaney y sus afluentes con crudos de Casanare, con el Oleoducto Caño Limón – Coveñas en Banadía, para crear

³ Visibles a folios 8 a 63 del Cuaderno Principal N° 1

⁴ Visibles a folios 234 a 314 del Cuaderno Principal N° 1

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

una ruta de evacuación de crudos de Casanare por el Oleoducto Caño Limón - Coveñas.

En este contexto, el 17 de diciembre del año 2010 se suscribió entre Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. y sus accionistas un documento llamado Acuerdo Marco de Inversión, cuyo objeto fue establecer los términos y condiciones de conformidad con los cuales los accionistas se obligaban a efectuar aportes y a realizar todos los actos necesarios para la construcción del Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S.

El día 20 de junio del año 2012 CECSA y OBC celebraron el contrato de servicio de transporte por el Oleoducto Bicentenario en el que OBC prestaría el servicio como propietario del Oleoducto Bicentenario, y CECSA sería el Remitente del crudo desde la estación de Araguaney hasta la de Banadía.

El Contrato de Transporte se negoció bajo la modalidad “transporte o pague” (“*ship or pay*”), es decir, por el transporte de una capacidad contratada de barriles diarios a cambio del pago de la tarifa, así no se hiciera uso del servicio. Inclusive en los casos de eventos de fuerza mayor o eventos excusables se pagaría la tarifa “transporte o pague”, así no fuere posible el transporte en el tiempo y modo debidos como consecuencia de tales eventos.

Inicialmente se pactó que ese pago sería tratado como un anticipo, pero mediante el Otrosí N° 2, del 28 de marzo de 2014 se modificó la fórmula que se usaría para el pago de la tarifa cuando la fecha inicial del pago fuese anterior a la fecha de inicio del servicio y se dispuso que el pago no sería tratado como un anticipo sino como un pago definitivo a partir del 1 de enero de 2014.

Con esto la tarifa iría a los resultados de OBC como un ingreso y no sería un pasivo, pero de ninguna manera se estipuló que frente a un evento excusable que justificara que OBC no hubiera cumplido en la forma y tiempo debido, la obligación de transportar quedaba extinguida.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

El Contrato estableció el procedimiento en el caso de eventos justificados. OBC ha alegado en múltiples oportunidades eventos excusables que, a juicio de la demandante, no se probaron de acuerdo con el procedimiento pactado en el Contrato.

Si se tienen en cuenta todos los eventos justificados reportados por OBC, a CECSA se le ha negado un total de 456 días el servicio de transporte por el que ya ha pagado, que equivalen al tiempo que estuvo parado por completo el servicio y OBC, en ninguno de los casos en los que ha alegado fuerza mayor, ha entregado todos los detalles como lo exige el contrato.

CECSA ha pagado cumplidamente la tarifa Transporte o Pague a pesar de lo anteriormente reseñado y ha solicitado a OBC que reconozca que debe prestar el servicio luego de que cesan los eventos excusables que supuestamente le han impedido prestar el servicio.

Según la demanda, OBC no ha transportado 315.271 barriles de petróleo entre noviembre de 2013 y enero de 2017, por los que la convocante ha pagado la suma de siete mil cuatrocientos veinte millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y ocho pesos y diez centavos (COP\$ 7.420.484.668,10), a pesar de que estos ya fueron pagados por CECSA en las facturas que se emitieron mes a mes y OBC se ha negado a cumplir y a prestar el servicio a CECSA luego de que cesan los eventos excusables y temporales que alega.

Por su parte, de conformidad con la contestación de la demanda, los hechos en que se sustentan las excepciones y defensas de la convocada se pueden resumir así:

OBC es propietaria de un oleoducto de uso privado denominado “Oleoducto Bicentenario de Colombia”, que se extiende desde la Estación Arguaney, en el departamento de Casanare, hasta la Estación Banadía, en el departamento de Arauca y que fue originalmente concebido como parte (la fase 1) de uno de mucha mayor longitud, que iría desde Arguaney hasta Coveñas, vía Banadía (Arauca) y Ayacucho (Cesar), a fin de atender

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

la necesidad común de las empresas del sector de hidrocarburos de una mejora en la infraestructura de transporte de crudo del país.

Con tal propósito, ECOPETROL S.A., Pacific OBC Corp., Petrominerales Colombia Ltd., y la propia CECSA, entre otras sociedades, celebraron un Acuerdo Marco de Inversión el 17 de diciembre de 2010 en el que se estipuló, principalmente: (i) el vehículo societario a través del cual se adelantaría el proyecto; (ii) que dicha sociedad sería la propietaria del Oleoducto Bicentenario y adelantaría su construcción por fases; (iii) los aportes que harían los accionistas para adelantar la construcción del proyecto en sus diferentes fases; y, (iv) que ella sería su operadora, a través de un contrato suscrito con ECOPETROL.

Como parte del proyecto y por las necesidades del mismo, cada uno de los accionistas celebró con OBC un contrato de transporte en la condición de remitente de crudo por oleoducto, en la modalidad “*Transporte o Pague*” (“*Ship por Pay*”), por el derecho a una determinada capacidad de transporte, medida en número de barriles de crudo, al margen de que efectivamente se les garantizara el transporte de dicha capacidad, por cuanto la tarifa constituye la fuente de pago de las obligaciones asumidas por OBC con el sector financiero para la puesta en marcha del oleoducto.

Por virtud de este Contrato, celebrado el 20 de junio de 2012, CECSA adquirió una capacidad de transporte de barriles de crudo por día por el Oleoducto Bicentenario y dicha capacidad contratada sería remunerada mediante el pago mensual de la tarifa “*Ship por Pay*”, que en todo caso debía ser sufragada en su totalidad, independientemente del transporte efectivo de los barriles.

El Contrato previó una serie de circunstancias que podían afectar la prestación normal del servicio de transporte, y expresamente se convino que la ocurrencia de alguna de estas circunstancias no eximía al accionista remitente del pago de la tarifa.

De conformidad con el texto original del Contrato, esos Eventos Justificados, eximentes de la prestación del servicio de transporte, generaban a favor del accionista remitente un “anticipo” que podía ser utilizado al décimo segundo mes siguiente a la fecha de inicio de la prestación del servicio. Por consideraciones jurídicas, contables y financieras, esa estipulación fue luego eliminada y reemplazada por la de “pago irrevocable y definitivo” mediante el Otrosí No. 2 al Contrato, lo que se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 2014. Por ende, en caso de que a partir del 1º de enero de 2014 acaeciera cualquier Evento Justificado, CECSA debía en todo caso pagar la tarifa de manera definitiva, mientras que OBC quedaba eximida de la prestación del servicio.

Entre 2013 y 2017 ocurrieron, según se afirma en la demanda, setenta y cuatro (74) Eventos Justificados, que efectivamente interrumpieron, retrasaron o impidieron el cumplimiento de las obligaciones de transporte de crudo a cargo de OBC. La inmensa mayoría de ellos se presentaron en el Oleoducto Caño Limón-Coveñas y el resto en el Oleoducto Bicentenario. Todos ellos le fueron debidamente notificados a CECSA en los términos del Contrato.

5. LAS PRUEBAS.

Con base en las solicitudes probatorias oportunamente presentadas por las partes, y en la facultad oficiosa prevista en la ley, el Tribunal decretó la práctica de los siguientes medios de prueba:

5.1. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE CECSA

Todas las documentales aportadas que obran en el expediente.

Los testimonios de las siguientes personas:

- JOHN PERRET
- MARTHA CABRERA
- YENNY RODRÍGUEZ

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

- FRANCISCO DUARTE
- LUIS FELIPE VALBUENA

Los siguientes dictámenes periciales:

- a) Dictamen pericial para soportar la cifra de perjuicios reclamados y para dar fundamento a la contestación a la objeción del juramento estimatorio, rendido por Ivonne Astrid Cano Domínguez.
- b) Dictamen pericial para contradecir el dictamen económico y financiero presentado por OBC, rendido por Ivonne Astrid Cano Domínguez.
- c) Dictamen pericial para contradecir el dictamen técnico y operativo presentado por OBC, rendido por Jorge Enrique Suárez Urrutia.

La declaración de los peritos Moises Rubinstein y Carmenza Chahín.

El interrogatorio de parte que personalmente debía absolver el Representante Legal de OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC.

5.2. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE OBC

Todas las documentales que obran en el expediente.

Los testimonios de las siguientes personas:

- ÁLVARO CASTAÑEDA
- JUAN CARLOS QUINTERO
- JAIRO ROBAYO
- ANABELLA VEGAS
- JAIME ROBLEDO
- FERNANDO GUTIÉRREZ
- ALFREDO GRÜBER
- ORLANDO MENDIGAÑA
- RAFAEL BELISARIO

- IVÁN DARÍO MARTÍNEZ
- JAIME GARCÍA
- JAIME ALBERTO SIERRA
- JUAN FELIPE CASTRO

Los siguientes dictámenes periciales:

a) Dictamen referido a los aspectos económicos y financieros relativos a la estructuración, construcción y operación del Oleoducto Bicentenario, rendido por Desarrollo Empresarial Ltda., suscrito por Moises Rubinstein.

b) Dictamen referido a los aspectos técnicos y operativos del Oleoducto Bicentenario, rendido por Carmenza Chahín Álvarez.

c) Dictamen con el objeto de contradecir el aportado con la convocante denominado "Dictamen pericial para soportar la cifra de perjuicios reclamados y para soportar la contestación a la objeción del juramento estimatorio", rendido por Desarrollo Empresarial Ltda., suscrito por Moises Rubinstein.

El interrogatorio de parte que personalmente debía absolver el Representante Legal de CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA

La declaración de los peritos Ivonne Astrid Cano Domínguez y Jorge Enrique Suárez Urrutia.

5.3. PRUEBAS DECRETADAS POR EL TRIBUNAL DE OFICIO

Un dictamen pericial, por parte de un perito con experiencia en temas financieros y contables, que fue rendido por J.M. Noguera y Cía., suscrito por Juan Manuel Noguera Arias.

La declaración del perito Juan Manuel Noguera, que se rindió conjuntamente con la señora Patricia Torres García, experta contable que acompañó la elaboración del dictamen.

6. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA

La fase probatoria se inició el 18 de marzo de 2018.

Se incorporaron al expediente todos los documentos oportunamente aportados y los dictámenes periciales tanto los acompañados con la demanda y la contestación, como los de contradicción, y el decretado de oficio.

Para efectos de la contradicción de los dictámenes, los peritos asistieron a las audiencias de interrogatorio.

Se realizaron los Interrogatorios de Parte que fueron rendidos por Alexander Cadena, en representación de OBC, y José Joaquín Mayuza, en representación de CECSA.

Respecto de los testimonios, fueron desistidos los de los señores Jairo Robayo, Rafael Belisario, Jaime Alberto Sierra y Juan Felipe Castro.

Se recibieron los de los señores John Perret, Martha Cabrera, Yenny Rodríguez , Francisco Duarte, Luis Felipe Valbuena, Álvaro Castañeda, Juan Carlos Quintero, Anabella Vegas, Jaime Robledo, Fernando Gutiérrez, Alfredo Grüber, Orlando Mendigaña, Iván Darío Martínez y Jaime García.

7. ALEGATOS

En la audiencia llevada a cabo el 13 de diciembre de 2018, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión de los cuales entregaron resúmenes escritos que fueron incorporados al expediente. En la misma audiencia se recibió el concepto final del señor Agente del Ministerio Público.

8. LEY PROCESAL APLICABLE

Analizado el pacto arbitral, y en atención a la fecha de presentación de la demanda, este proceso se rigió por las disposiciones de la Ley 1563 de 2012 y en lo no previsto en ellas por las normas del Código General del Proceso.

9. PRESUPUESTOS PROCESALES

9.1 Generalidades

Antes de entrar a analizar la cuestión de fondo relacionada con la prosperidad o la denegación de las pretensiones y excepciones formuladas, es necesario establecer si en el presente trámite arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto, particularmente, por cuanto la convocada ha cuestionado su debida concurrencia al formular sus alegatos de conclusión.

Por tanto, se debe establecer si se cumplen los requisitos que deben existir en todo proceso para que el juez pueda aplicar el derecho sustantivo y, en consecuencia, proferir una decisión de fondo. Como es suficientemente conocido, estos presupuestos corresponden a la capacidad procesal, la capacidad para ser parte, la demanda en forma y la competencia⁵.

Respecto de la capacidad de las partes de esta controversia nada se ha discutido en la actuación y, por el contrario, está acreditado suficientemente que tanto la convocante como la convocada son personas jurídicas con aptitud suficiente para actuar en el tráfico jurídico y para comparecer a este proceso y lo han hecho mediante apoderados debidamente constituidos.

Como la convocada ha cuestionado la existencia del presupuesto atinente a la demanda en forma, por una presunta indebida acumulación de pretensiones, y la competencia del Tribunal para dirimir la controversia, a continuación

⁵ Sobre los presupuestos procesales, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: “Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas.

procederá el panel arbitral a realizar el análisis de estos presupuestos para efectos de verificar su presencia en esta actuación.

9.2. Demanda en Forma

Según ya se ha señalado, en los alegatos de conclusión la convocada manifestó lo siguiente:

*“La demanda arbitral presentada por **CECSA** en contra de mi representada acumuló indebidamente sus pretensiones porque ella pretende el cumplimiento a futuro de un contrato, pero, a renglón seguido, solicita que el tribunal declare resuelto ese mismo acto jurídico. Tal defecto procesal ciertamente puede incidir negativamente en la eficacia del laudo habida consideración de que dificulta la labor del tribunal en delimitar la congruencia entre lo pedido y lo concedido —aunque en este caso claramente no debe haber lugar a la prosperidad de ninguna de las pretensiones—.*

(...)

*“ ... **CECSA** acumuló indebidamente las pretensiones principales puesto que, en la tercera de ellas le solicita al Tribunal que ella tiene “derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente”, declaratoria esta que tiene sentido mientras el Contrato se encuentre vigente, pero, en la quinta, sorpresivamente le solicita al Tribunal que resuelva el Contrato. Ellas se excluyen fundamentalmente pues alguna de las dos pretensiones —propuestas como principales— habrían de ser inanes.*

(...)

*“Así las cosas, por ser las dos pretensiones contradictorias entre sí, no se sabe qué es realmente lo que **CECSA** pretende lograr con su demanda, y debe dar lugar a un fallo inhibitorio, por lo menos parcial, de parte del Tribunal.”*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Respecto del requisito de la demanda en forma, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

“Dentro de dichos presupuestos es preciso destacar el relacionado con la aptitud formal de la demanda, cuya trascendencia es insoslayable si se repara en que ésta es el acto típico que funda el proceso, ya que contiene la declaración de voluntad del demandante por medio de la cual fija los hitos a través de los cuales habrá de transcurrir la litis, más concretamente, en cuanto que de ese modo expresa y delimita sus pretensiones, restringiendo a estos aspectos, el debate judicial.

“Consciente el legislador de la dimensión procesal de la demanda, estableció un conjunto de exigencias formales de carácter fundamental, por medio de las cuales pretende garantizar que dicho libelo agote los fines y efectos que le son propios, formalismo que debe mirarse en ese sentido, es decir como un aval de seguridad y legalidad procesal, y no, como suele suceder -y este asunto es ejemplo de ello-, con un criterio formalista, arcaico e inquisidor por medio del cual el juzgador, so pretexto de fútiles imprecisiones de la demanda, se sustraiga de su obligación de componer el litigio aplicando la voluntad concreta de la ley.

“De ahí que se haya sostenido que en aquellos casos en que exista cierta vaguedad en la demanda, el juez está en la obligación de interpretarla ‘...con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo...’ (G.J. tomo XLIV, pág.439), facultad que se torna en un deber en cuanto compele al fallador a emplear sus atribuciones legales para evitar las decisiones inhibitorias (artículo 39 del Código de Procedimiento Civil).”⁶

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Exp. 5656. M.P. Jorge Castillo Rugeles.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Teniendo en cuenta que la convocada ha cuestionado particularmente la forma en que se acumularon las pretensiones tercera y quinta principales de la demanda, se advierte que su inconformidad radica en una presunta inobservancia del requisito establecido en el artículo 82, numeral 4, del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 88 del mismo estatuto.

En consecuencia, incumbe determinar, particularmente, si en el asunto objeto de estudio se presenta, en realidad, una solicitud de pretensiones incompatible por cuanto, en principio, no es posible ejercer, por contradictorias, en una misma demanda las pretensiones de resolución y cumplimiento, sin embargo es dable hacerlo siguiendo las directrices trazadas por el artículo 88 del Código General del Proceso, cuando estas se propongan de manera principal y subsidiaria.

En verdad, *prima facie*, como fácilmente se infiere, aunque la ley le otorga a una de las partes, respecto de un contrato bilateral, la opción de escoger una de tales acciones, no resulta lógico ni jurídicamente viable que de modo paralelo se pida la resolución y el cumplimiento del contrato frente al contratante transgresor del mismo, desde luego que hay una clara antinomia entre ambas súplicas al punto que, como lo tiene pregonado la jurisprudencia, resultan palmariamente contradictorias, como ocurriría por ejemplo si la parte resolutive de un fallo contuviera disposiciones en las que “...una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento...”⁷.

Como ahora, en la etapa de alegaciones, viene a invocarse por la parte convocada que en este debate está ausente el presupuesto procesal de demanda en forma, debido a que, respecto de las pretensiones principales, mientras en el numeral 5° se deprecia la resolución del contrato de transporte, en el 3° se pretende “el cumplimiento a futuro” de ese mismo acto jurídico, al solicitarse en ese escrito por la actora que “ella tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente”, súplicas que, dice, son contradictorias entre sí, pues torna oscuro el libelo al desconocerse lo que con éste se persigue, el Tribunal procede a exponer las siguientes razones sobre el

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de agosto de 1973. G. J., t. CXLVII, pág. 23.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

particular, no sin antes expresar que, de ser cierta esta alegación, el laudo que se profiera tendría que ser inhibitorio, por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, o sea que no habría lugar a resolver el mérito o fondo de las peticiones propuestas.

Evidentemente, por ser la demanda el acto de postulación más importante, toda vez que con este escrito se trazan al juzgador los límites de su decisión, tal y como lo contemplan los artículos 280 y 281 del Código General del Proceso, tiénese expuesto que dicho escrito ha de ajustarse, con estrictez a los requisitos formales señalados en los artículos 82 a 84 *ibídem* y, adicionalmente, a los presupuestos tocantes con la debida acumulación de pretensiones, de la manera pregonada por el artículo 88 *ejusdem*.

Entre tales aspectos formales adquiere trascendental connotación el referente a las pretensiones, desde luego que será con base en las súplicas deprecadas, al igual que en los hechos en que se fundamentan, como queda circunscrito el ámbito decisorio del juzgador al momento de dictar la sentencia correspondiente; por lo mismo es que el artículo últimamente mencionado, en concordancia con el artículo 82, numeral 4º, de la misma codificación, prescribe las reglas concernientes para una cabal acumulación de tales pretensiones, desde luego que si éstas no se ajustan a los lineamientos o exigencias señaladas para la formulación de las varias peticiones, inexorablemente el fallador, en vez de proferir sentencia de mérito, ha de pronunciar fallo inhibitorio, por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

Prevé el artículo 88 citado que el demandante puede acumular en una misma demanda varias pretensiones frente al demandado, aunque no sean conexas, siempre y cuando concurran estas exigencias:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

“En la demanda sobre prestaciones periódicas podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

“También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los siguientes casos:

“a) Cuando provengan de la misma causa.

“b) Cuando versen sobre el mismo objeto.

“c) Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia.

“d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persiguen, total o parcialmente, los mismos bienes del demandado”.

Aunque en referencia al artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, pero que actualmente en términos semejantes reproduce el Código General del Proceso, en el punto ha expresado la doctrina jurisprudencial:

“1. Como la pretensión, en la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia. Es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento. En verdad que cuando una persona quiere hacer valer un derecho

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

suyo, en el escrito inicial debe solicitarle al juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho, es decir, expresando tanto el petitum como la causa petendi de la pretensión.

“Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 Y 82 de la respectiva codificación. Según tal preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar en forma precisa y clara ‘lo que se pretenda’ por el demandante, o sea la nítida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, ‘debidamente determinados, clasificados y numerados’, o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige.

“2. Según lo indican los principios del Derecho Procesal, para el ejercicio de cada pretensión debe seguirse un proceso independiente; sin embargo, por razones de economía, es procedente tramitar y decidir una pluralidad de pretensiones dentro de una unidad de proceso. Por acumulación se entiende, entonces, la unión de varias pretensiones en un solo procedimiento de demanda (acumulación objetiva); o la agregación de dos o más procesos a fin de que formen uno solo y en él se decidan aquellas (acumulación subjetiva).

“El fenómeno de la acumulación objetiva o agregación de varias pretensiones en una sola demanda, que expresamente autoriza el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, depende de la voluntad del demandante, porque es éste quien tiende en tal caso a reunir en un solo proceso, como es una la demanda con la cual se inicia, dos o más pretensiones, con el propósito de que se tramiten conjuntamente y se decidan en sentencia única.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“Pero si la ocurrencia del fenómeno depende del arbitrio del demandante, la procedencia de la acumulación no queda al amparo de su absoluta libertad: está limitada por la incompatibilidad que las varias pretensiones tengan entre sí, desde luego que el antecitado texto legal preceptúa que en el mismo escrito de demanda el demandante puede deducir varias pretensiones contra el demandado, ‘siempre que concurren los siguientes requisitos’: a) que el juez sea competente para conocer de todas, con la salvedad prevista en el numeral 1° de esa misma norma; b) que a todas las que se agregan corresponda el mismo procedimiento; y e) que las agregadas no se excluyan entre sí, a menos que se trate de una acumulación subsidiaria. Lo cual quiere decir que la incompatibilidad de las pretensiones, como óbice insalvable para su debida acumulación, puede ser de orden material o de orden procesal. Habrá incompatibilidad material o natural -y por esto la acumulación deja de ser lógica y legalmente posible- cuando los efectos jurídicos de dichas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos o excluyentes; y existirá incompatibilidad procesal -que también veda la acumulación- cuando el juez no es competente para conocer de todas las pretensiones agregadas, o cuando a todas ellas no les corresponde, según la ley, el mismo o idéntico procedimiento.

“3. En los casos de acumulación, para que la demanda que la contenga sea formalmente apta, tiene también que señalar los hechos que le sirven de fundamento a cada una de las pretensiones agregadas; ‘en tal supuesto la apuntada narración de hechos, con ‘tanto mayor razón, tiene que hacerse “debidamente determinados, clasificados y numerados” (art. 75-6 del Código de Procedimiento Civil).

“Es decir, que la demanda debe traer los hechos ordenados o dispuestos en grupos lógicos y separados según la relación que ellos tengan con la correspondiente súplica, a tal punto que en cada uno de los grupos formados queden excluidas las afirmaciones que correspondan a situaciones fácticas impertinentes o extrañas a la respectiva pretensión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antitéticas, la ley posibilita su acumulación pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En este acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes: quien, pretenda la nulidad de una compraventa y en subsidio su resolución, por ejemplo, tendrá que hacer mociones que tiendan a demostrar la ineficacia o invalidez de dicho acto y a la vez, aunque separadamente, las que conduzcan a establecer su incumplimiento”⁸.

Confrontadas esas exigencias con la demanda presentada en el *sub lite*, del examen integral de la misma no surge el defecto formal indicado por la convocada, puesto que, en general, por un lado, esa alternativa se planteó al tenor del artículo 88, num. 4º del C.G. del P., toda vez que, dicho como está que es dable acumular en una misma demanda varias pretensiones, sin embargo de no ser conexas, cuando, aparte de tenerse competencia para todas y poderse tramitar por idéntico procedimiento, tales *“pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias”* (el subrayado es del Tribunal), ha de seguirse que en este proceso el libelo no se resiente de impropiidad formal que impida dirimirlo en el fondo.

Y, específicamente, acerca del reparo formulado en el alegato de conclusión, amén de que esta presunta irregularidad no se invocó en la etapa inicial del procedimiento en torno al auto que admitió a trámite el acto introductorio, tampoco se observa que las súplicas 3º y 5º sean antinómicas, pues lo que en la pretensión 3ª se plantea es el fundamento de uno de los incumplimientos cuya declaración se pretende, el de la pretensión 4ª, para solicitarle al Tribunal, posteriormente, en la 5ª petición, que proceda a determinar si los incumplimientos negociales cuya declaración se solicita en las pretensiones 2ª y 4ª, dan lugar a la

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de noviembre de 1973. M.P. Humberto Murcia Ballén. G. J., t. CLXXII, págs. 234 a 236.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

resolución del Contrato. Dicho con otras palabras, en la pretensión 3ª la convocante solicita que se declare que ella tiene derecho a disfrutar del servicio de transporte en los supuestos de los denominados eventos justificados, luego de lo cual, en la pretensión 4ª, solicita que se declare que la convocada ha incumplido la obligación correlativa a dicha prerrogativa, todo esto como fundamento de la pretensión resolutoria. Es evidente, en consecuencia, que en la 3ª pretensión no se está solicitando que el Tribunal ordene a la convocada que cumpla el Contrato, sino que, por el contrario, allí está el fundamento que afirma que dicha obligación está incumplida y que debe dar lugar a la resolución del referido negocio jurídico, todo esto en el contexto de las pretensiones principales de la demanda. Es claro, también, que todas las solicitudes enderezadas al cumplimiento del contrato están en el acápite correspondiente a las pretensiones subsidiarias.

De igual forma, una cabal interpretación del escrito introductorio permite comprender, frente a lo que en principio pudiera entenderse, que atendidos los efectos propios del acuerdo negocial celebrado entre las partes, punto que se abordará posteriormente en el laudo, este aspecto pertenece más a la decisión que se llegare a pronunciar respecto de las prestaciones que se desprendan o resulten de un contrato de ejecución sucesiva, decisión que, bajo este parámetro, le corresponderá definir a Tribunal.

El Tribunal observa sin hesitación alguna que se han planteado pretensiones principales y subordinadas, de resolución y cumplimiento, respectivamente, las cuales, de prosperar alguna de ellas, forzosamente impondrá, aún de oficio, disponer las consiguientes declaraciones y condenas inherentes que correspondan o resulten posibles, dependiendo de las obligaciones resultantes de la especie de contrato sometido a escrutinio, por lo que debe concluirse que la demanda no resulta ambagiosa, de suerte que, aun si en vía de hipótesis se pudiera pensar que alguna pretensión consecuente o derivada pudiera ser contradictoria, correspondería es, bajo estos lineamientos, sujetar los respectivos pronunciamientos a tales parámetros, más aún cuando, según los artículos 11 y 42, numeral 5º, del Código General del Proceso, debe tenerse en cuenta que el fin del procedimiento es la efectividad de los derechos pregonados por la ley sustancial, y que precisamente esta codificación atribuye a los juzgadores, entre

otros deberes, el de interpretar la demanda de modo que así se logre decidir de fondo el litigio puesto a su composición.

Con fundamento en lo anteriormente discurrido, el Tribunal considera que el escrito que contiene la demanda sí cumple con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para ser considerado como una “demanda en forma”.

9.3. La Competencia

En los alegatos de conclusión la convocada expresó también, que la parte convocante introdujo al debate procesal diversos hechos que no están incorporados en la plataforma fáctica de la controversia, fijada por los contornos que dan la demanda y la contestación en el marco de la cláusula compromisoria, frente a lo cual indicó que *“(…) la competencia del tribunal está circunscrita a todas aquellas controversias que surjan o tengan relación con el Contrato. Un pronunciamiento sobre otra materia excedería, por lo mismo, la competencia del tribunal y configuraría la causal de anulación del laudo prevista en el numeral segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.”*

Seguidamente manifestó que los temas que desbordarían la cláusula compromisoria y, por ende, la competencia del Tribunal, son *“la capacidad de transporte del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”, “la supuesta entrada en operación de un nuevo ‘sistema de oleoductos’ y la bidireccionalidad del sentido del flujo del Oleoducto Bicentenario de Colombia” y “la existencia o no del Grupo Ecopetrol”*.

Al respecto, el Tribunal debe señalar que, según consta en Auto No. 1 del acta correspondiente a la sesión realizada el 17 de abril de 2018, el Tribunal se declaró *“competente para conocer de las pretensiones propuestas en la demanda, así como de las excepciones de mérito formuladas en el escrito de contestación de la misma”,* luego de destacar que *“[l]as partes son personas jurídicas con plena capacidad jurídica para transigir; las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal son susceptibles de transacción y está debidamente acreditada la existencia de la cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 20 del Contrato de Transporte Bicentenario”*.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Es evidente, en consecuencia, que el marco de la competencia del Tribunal lo da, en primer término, el ámbito de la cláusula compromisoria –y particularmente lo que allí se define como “la Controversia”- y, seguidamente, las pretensiones y medios de defensa planteados en el proceso, examinados en conjunto con los hechos que les sirven de fundamento. Ciertamente el Tribunal, para efectos de adoptar la decisión que ponga fin a la controversia habrá de tener en cuenta los límites a los que se ha hecho referencia, no solo para no desbordar su propia competencia, sino también para que su decisión sea coherente o consonante.

Esto no implica, en todo caso, que al Tribunal le esté vedado analizar hechos o circunstancias acreditadas en el proceso, que ilustren su criterio en orden a adoptar la decisión que en derecho corresponda, en la medida, claro está, que se encuentren dentro del marco al que ya se ha hecho referencia, para efectos de lo cual no puede olvidarse que la cláusula compromisoria, al hacer referencia a “*la Controversia*” que podrá ser conocida por el Tribunal de Arbitraje, dispuso que ella es “[t]oda diferencia o controversia que surja entre las Partes por o con ocasión del presente Contrato, o en relación con el mismo”, en donde las expresiones “con ocasión” o “en relación” dan un marco más amplio al ámbito de competencia del Tribunal que el que se circunscribiría exclusivamente a las estrictas estipulaciones contractuales.

Como consecuencia del análisis anteriormente realizado, el Tribunal de Arbitramento concluye que es competente para conocer de las cuestiones sometidas a decisión arbitral; que la demanda se ajustó a lo dispuesto por las normas que regulan la materia y no se observa causal de nulidad alguna; que las partes son personas jurídicas cuya existencia y representación están debidamente acreditadas; que ellas comparecen al proceso representadas por abogados inscritos de conformidad con actos de apoderamiento otorgados en legal forma; que las partes tienen capacidad jurídica para transigir y las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal son susceptibles de transacción; que está debidamente acreditada la existencia de la cláusula compromisoria, y que, en su momento, se cumplió debidamente el trámite para la designación de los Árbitros, quienes aceptaron oportunamente y asumieron su cargo en legal forma; se cumplieron

debidamente todos los trámites del proceso arbitral y se cumplió debidamente con el control de legalidad.

Así las cosas, el Tribunal se encuentra plenamente habilitado para entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, como a continuación pasa a hacerlo.

CAPÍTULO II **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

La presente disputa arbitral se centra en determinar, en síntesis, si la convocada ha incumplido algunas de las obligaciones derivadas del Contrato de Transporte Bicentenario celebrado el 20 de junio de 2012 entre Canacol Energy Colombia S.A. (CECSA) y Oleoducto Bicentenario S.A.S. (OBC). En particular, se debe determinar si en presencia de un “evento justificado” se ha cumplido la obligación de información pactada en el contrato, en los términos allí señalados, además de lo cual debe definirse qué debía ocurrir con la obligación de transporte de crudo a cargo de OBC en presencia de uno de tales eventos, una vez conjuradas las circunstancias que habían dado lugar al mismo.

Con ese fundamento, la parte convocante ha planteado un primer grupo de pretensiones enderezadas a que se decrete la resolución del contrato de transporte y a que se le indemnicen los perjuicios que considera haber sufrido, y un segundo grupo de solicitudes, cuyo propósito es que se ordene a la convocada cumplir las obligaciones insatisfechas y que se indemnicen los perjuicios causados.

2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS DE LA CONVOCANTE

2.1. El Contrato de Transporte Bicentenario

El presente litigio encuentra su origen en las diferencias surgidas entre las partes con ocasión del contrato de transporte de crudo celebrado entre OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S., como transportador, y CANACOL ENERGY

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

COLOMBIA S.A., quien fungió como remitente, celebrado el 20 de junio de 2012. En efecto, la Convocante, CECSA, formuló su demanda ante este Tribunal arbitral pretendiendo, entre otras solicitudes, que se declarara el incumplimiento de OBC respecto de algunas de las obligaciones surgidas del mencionado negocio jurídico.

Al respecto se debe tener presente que la convocante ha manifestado en el proceso que el contrato celebrado entre CECSA y OBC el 20 de junio de 2012 fue un contrato de transporte, y no un negocio jurídico de naturaleza distinta. Sostuvo, sobre el particular, que la propia convocada aceptó en la contestación de la demanda que esto era así, por lo que, a su juicio, no debe existir discusión sobre este particular aspecto.

Por su parte, la convocada señala que no puede afirmarse que el contrato celebrado entre CECSA y OBC fuera un simple contrato de transporte. Afirmó, por el contrario, que lejos de tratarse de una aislada convención en la que una parte se obligó a transportar cierta cantidad de crudo, al paso que la otra se obligó a pagar el precio correspondiente, lo cierto es que el contrato fue celebrado en el marco de un proyecto de infraestructura bajo la modalidad *Project Finance*, celebrado para la compleja tarea de construir el Oleoducto Bicentenario, todo lo cual se desarrolló en ejecución de los compromisos adquiridos en el Acuerdo Marco de Inversión.

Para el Tribunal, en efecto, para la adecuada comprensión del contrato materia de la controversia no puede perderse de vista que al referido contrato de transporte del 20 de junio de 2012 lo precedieron y sucedieron una serie de actos y negocios jurídicos que, ciertamente, resultan relevantes para una adecuada interpretación de las previsiones contractuales que en el proceso habrán de dilucidarse. A juicio del Tribunal, dados los argumentos presentados por las partes en el trámite del proceso, los documentos que deben ser analizados de manera conjunta e integral son (i) el Acuerdo Marco de Inversión (AMI); (ii) el contrato de transporte celebrado entre OBC y CECSA; y (iii) el Otrosí No. 2, con fecha del 28 de marzo de 2014, mediante el cual se modificó parcialmente el clausulado del contrato de transporte.

2.1.1 Acuerdo Marco de Inversión

2.1.1.1 Contexto general

Teniendo en cuenta las manifestaciones comunes de las partes y la prueba documental allegada al expediente, se evidencia que desde el año 2010 ECOPEPETROL inició una serie de actividades tendientes a promocionar la construcción de un oleoducto, con el propósito de fortalecer la infraestructura de transporte de hidrocarburos en el territorio colombiano. En efecto, la finalidad concreta del proyecto de que se trata fue la construcción de un oleoducto que pudiera conectar, en una primera fase, la estación de Arguaney en Casanare con la estación de Banadía en Arauca, con el propósito final, luego de diversas etapas, de que el petróleo extraído del oriente del país pudiera llegar a Coveñas, en la costa atlántica.

Por supuesto, sabiendo que dicha obra implicaba un complejo y ambicioso proyecto de infraestructura, luego de una serie de negociaciones se llegó a la celebración de un acuerdo el 17 de diciembre de 2010, denominado Acuerdo Marco de Inversión ("AMI"). Su propósito general fue el de establecer los términos y condiciones bajo los cuales, quienes decidieran participar en el proyecto, se obligarían a efectuar aportes y a realizar todos los actos necesarios para la construcción del oleoducto.

Así se estableció en el ordinal (a) de la Cláusula 2 del AMI, sobre su objeto y alcance⁹:

"El presente Acuerdo tiene por objeto establecer los términos y condiciones con base en los cuales los Accionistas se obligan y comprometen, de manera conjunta y no solidaria, a (i) efectuar los Aportes de Accionistas a la Sociedad en los términos establecidos en el presente Acuerdo, (ii) celebrar y llevar a cabo los actos necesarios y conducentes a que la Sociedad adelante la construcción del Oleoducto de acuerdo con las Fases establecidas en la Cláusula 5 del presente Acuerdo, (iii) celebrar y llevar a cabo los actos

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 19.

necesarios y conducentes para que la Sociedad obtenga el Endeudamiento del Proyecto, y (iv) dirigir la Sociedad, y (v) llevar a cabo la operación y el mantenimiento del Oleoducto de conformidad con lo establecido en este Acuerdo y en los Estatutos".

Pues bien, las partes coincidieron en el trámite arbitral en que CECSA decidió unirse al proyecto, por lo cual suscribió el AMI y realizó una inversión que le significó volverse accionista de OBC -la cual fue constituida con el propósito de que sirviera como vehículo para llevar a cabo la construcción del oleoducto-. En tal sentido, CECSA (que en aquel momento se denominaba Rancho Hermoso S.A.), al igual que los demás suscriptores del AMI, se obligó en los términos de dicho negocio jurídico.

2.1.1.2. Naturaleza del AMI

Sobre el AMI, en particular, debe resaltarse que su estructura es compleja. Lejos de ser un contrato con obligaciones simples y concretas, fue estructurado como un conjunto de estipulaciones que recogió los muy variados aspectos involucrados en el desarrollo del complejo proyecto de infraestructura que acordaron los contratantes. Lo anterior puede colegirse de las diferentes consideraciones que se hicieron en la parte introductoria del AMI, así:

"3. Que, en desarrollo de lo dispuesto en el considerando 1 anterior, cada uno de los Accionistas (a) celebró un acuerdo de confidencialidad, (b) tuvo la oportunidad durante la Etapa Previa de revisar la documentación necesaria y suficiente para hacer sus estimaciones, proyecciones, análisis, modelos financieros, análisis técnicos, operativos y jurídicos que consideraron apropiados y acordados para haber tomado la decisión de invertir y participar en este Proyecto, (c) celebra el presente Acuerdo, (d) ha asumido la obligación de capitalizar la Sociedad en los términos del Reglamento de Capitalización Inicial, (e) ha prometido otorgar a la Sociedad un crédito en los términos del Empréstito de Accionista, y (f) ha otorgado la Garantía Inicial en respaldo de las obligaciones.

“4. Que, como resultado de lo anterior, cada uno de los Accionistas celebra el presente Acuerdo y en virtud del mismo manifiesta su interés y adquiere los compromisos y obligaciones que constan en el presente Acuerdo para el desarrollo de manera conjunta y en común (i) de las Fases 0 y 1 del Proyecto, y (ii) sujeto al acontecimiento de la Condición Precedente a las Fases 2 y 3, de las Fases 2 y 3 del Proyecto;

“(…)

“7. Que, sin perjuicio del evento en que el que no acontezca la Condición Precedente a las Fases 2 y 3, el interés de las Partes es asegurar los recursos del Proyecto a través de la implementación de un esquema de ‘financiación de proyectos’ o ‘project finance’ mediante el cual los Accionistas (a) conjuntamente desembolsen los Aportes de Accionistas, y (b) adelanten y ejecuten los actos tendientes a que la Sociedad incurra en el Endeudamiento requerido para obtener la porción restante del Costo Total;

“(…)

“10. Que, en desarrollo de las consideraciones precedentes, las Partes celebraron con fecha 11 de noviembre de 2010 este ‘Acuerdo Marco de Inversión’ y es su intención modificarlo y reformularlo íntegramente a través de este Acuerdo.”¹⁰

Estas, y otras estipulaciones, permiten concluir que el AMI constituye el entramado contractual de la compleja organización requerida para lograr la meta conjunta que se propusieron los contratantes: la construcción del oleoducto bicentenario, y comporta la celebración de un acuerdo de colaboración entre distintas entidades, con compromisos de diverso alcance, todos ellos enderezados a la obtención de un propósito común.

2.1.1.3. Contenido básico del AMI

¹⁰ Cuaderno de Pruebas N°. 1. Folios 6-7.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Dentro de las múltiples y variadas disposiciones que fueron incluidas en el AMI, y circunscribiendo el análisis a los aspectos que resultan relevantes para el debate litigioso que se ha planteado en el presente proceso, se destaca que en dicho instrumento se contempló que los diferentes accionistas de OBC celebrarían contratos de transporte con la referida sociedad, con el propósito de proveerle de recursos para efectos de que a esta le fuera posible cumplir con las obligaciones y compromisos que debían adquirirse con los financiadores externos para la realización del proyecto.

Para tales efectos, el numeral 8 de las consideraciones del AMI es del siguiente tenor:

*“Que, para asegurar el Endeudamiento del Proyecto, los Accionistas (a) celebrarán los Contratos de Transporte, cuya función, entre otras, será la de proveer de recursos a la Sociedad para que efectúe el cumplimiento de las obligaciones y compromisos de pago respecto de las operaciones de Endeudamiento, y (b) otorgarán las garantías adicionales que puedan requerir la estructuración del esquema de ‘financiación del proyecto’ y celebrarán y ejecutarán los actos y negocios que sean necesarios y adecuados para garantizar y respaldar el repago del Endeudamiento”.*¹¹

En línea con lo anterior, el AMI contempló, en su cláusula 1º, la definición del recién mencionado Contrato de Transporte Bicentenario en los siguientes términos:

“Contrato de Transporte OBC significa el contrato de transporte de Crudo que celebre cada Accionista con la Sociedad en virtud del cual la Sociedad, en su condición de transportador y prestador del servicio de transporte y acarreo del Crudo a través del Oleoducto, se obliga con el respectivo Accionista a transportar el Crudo de ese Accionista (i) a través de los Trayectos del Oleoducto, desde la Estación Araguaney hasta el Terminal Coveñas a medida que cada

¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 7.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

uno de los Trayectos del Oleoducto haya sido puesto en funcionamiento, y (ii) bajo la modalidad ‘transporta o paga’ o ‘ship or pay’ sólo a partir del instante en que el Trayecto Banadía – Ayacucho sea puesto en funcionamiento, (ii) por la Capacidad del Propietario determinada con arreglo a la Cláusula 12 del presente Acuerdo;”¹².

En forma concordante, la cláusula 6 (f) del AMI establece lo siguiente:

“(f) **Contrato de Transporte OBC.** En virtud del presente Acuerdo, cada Accionista se obliga a celebrar un Contrato de Transporte OBC, a más tardar en la fecha en que culmine la Fase 0, en virtud del cual la Sociedad transportará Crudo de cada Accionista en contraprestación por una tarifa neta de USD \$4,40 por barril de Crudo transportado a través del Trayecto Araguaneý – Banadía. Hasta tanto no sea puesto en funcionamiento el Trayecto Banadía – Ayacucho, el Contrato de Transporte OBC no se sujetará a la modalidad ‘transporta o paga (sic) o ‘ship or pay’. Los Accionistas declaran, entienden y aceptan que la tarifa de transporte bajo el Contrato de Transporte OBC para el Trayecto Araguaneý – Banadía a que se refiere esta Cláusula 6(e) (sic) podrá ser ajustada por la Sociedad de tiempo en tiempo, en función de los siguientes factores:

“(i) Diferencia entre los volúmenes efectivamente utilizados y los volúmenes proyectados en la fase de estructuración del Proyecto;

“(ii) Diferencia entre la inversión total final de éste (sic) Trayecto del Oleoducto y el valor presupuestado en la fase de ingeniería conceptual;

“(iii) Diferencia entre los costos operativos y de mantenimiento (O&M), impuestos y tasas, inversiones en mantenimientos, y cualquier otro flujo de caja operativo derivado de la

¹² Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 10.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

operación del Trayecto Arguaney – Banadía y los costos por estos conceptos inicialmente presupuestados en fase de ingeniería conceptual;

“(iv) Cambio en la Tasa de Retorno Objetivo planteada por los Accionistas de la Sociedad para ésta inversión;

“(v) Modificación por parte de los Accionistas sobre el plazo de repago de la inversión;

“(vi) Eliminación o disminución del beneficio tributario por inversión en activos fijos productivos;

“(vii) Los términos y condiciones de las operaciones de Endeudamiento en que incurra la sociedad;

“(viii) La estructura general del cálculo de la tarifa; y

“(ix) El Costo Total Estimado, incluyendo cambios en el criterio de incorporación de activos a la Sociedad (incluyendo pero sin limitarse al llenado de línea), entre otros”.¹³

En el contexto que brindan las estipulaciones antes transcritas, se puede afirmar entonces que el AMI estableció, como obligación para los contratantes, la de celebrar contratos de transporte con OBC una vez se hubiera culminado la fase 0 del proyecto -que comprende la construcción de un oleoducto desde Arguaney hasta Ayacucho-, de manera tal que OBC pudiera contar con los recursos necesarios para responder a los acreedores de las distintas fuentes de financiamiento que debían ser utilizadas para hacer viable el proyecto, tal como se desprende, además, de los distintos factores que se tuvieron en cuenta para la fijación de la tarifa del transporte.

Como desarrollo de lo expuesto anteriormente, la cláusula 11(d) del AMI estableció que “[e]n contraprestación por el transporte y acarreo del Crudo de

¹³ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 24-25.

los Accionistas, la Sociedad cobrará a los Accionistas una tarifa única de transporte calculada de conformidad con lo dispuesto en el Anexo P del presente Acuerdo”¹⁴.

Asimismo, en la cláusula 12(a) se indica que la modalidad en que operaría la tarifa correspondiente al contrato de transporte sería “transporta o paga” o “ship or pay”, la que haría efectiva a partir de la puesta en funcionamiento del trayecto Banadía-Ayacucho, lo que se acordó en los siguientes términos:

“La Capacidad del Propietario que corresponderá a cada uno de los Accionistas respecto del Oleoducto será la que calcule la Junta Directiva en los términos de esta Cláusula 12. Sólo a partir del instante en que sea puesto en funcionamiento el Trayecto Banadía – Ayacucho, el compromiso de transporte de cada uno de los Accionistas bajo su respectiva Capacidad del Propietario se sujetará a la modalidad ‘transporta o paga’ o ‘ship or pay’.”

Finalmente, la cláusula 12(f) estableció que “[e]n desarrollo de lo previsto en la Cláusula 12(e) anterior, cada Accionista deberá cumplir con su compromiso ‘transporta o paga’ o ‘ship or pay’ y pagar por su Capacidad del Propietario haya hecho o no nominaciones bajo el orden de prioridades que le corresponde, salvo en el evento previsto en la Cláusula 12(g) siguiente”¹⁵.

2.1.1.4. Conclusión

De conformidad con lo anteriormente señalado se puede concluir que el AMI se estableció como un instrumento de coordinación y de orientación para desarrollar el proyecto de construcción del Oleoducto Bicentenario. Entre las muchas tareas que se asignaron los contratantes, debe resaltar el Tribunal que, en el marco de la estructura acordada para la financiación del proyecto, se impuso la obligación a los accionistas de OBC de celebrar contratos de transporte de crudo con la sociedad constituida para materializar la inversión, de manera tal

¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 41.

¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 42.

que a esta le fuera posible atender las múltiples obligaciones que debía asumir para obtener los recursos necesarios para adelantar el proyecto.

Ese antecedente resulta de particular importancia, toda vez que allí se encuentra el origen y uno de los fundamentos básicos del contrato de transporte de crudo que se celebró entre OBC y CECSA. Igualmente, el AMI sirve para precisar el alcance de los derechos y deberes derivados del contrato de transporte, toda vez que es en aquél acuerdo en donde puede encontrarse la causa del negocio jurídico del que surgieron las obligaciones que ahora se discuten.

Se pasa seguidamente, entonces, a analizar el contrato de transporte a la luz del referenciado AMI.

2.1.2 Contrato de transporte celebrado entre OBC y CECSA el 20 de junio de 2014 (el Contrato de Transporte Bicentenario)

2.1.2.1. Contexto general

El 20 de junio de 2012, OBC firmó un contrato de transporte de crudo con CECSA, mediante el cual el primero, en calidad de transportador, se obligó para con el segundo a transportar hasta una cantidad máxima de 550 barriles de crudo al día, propiedad del remitente, a cambio de una tarifa bajo la modalidad “ship or pay”. Este contrato se perfeccionó, como se destacó anteriormente, en desarrollo y cumplimiento del AMI celebrado entre OBC, CECSA y otras sociedades.

Al respecto, es menester destacar las siguientes consideraciones del contrato de transporte:

“3. Que Bicentenario podrá, entre otras alternativas, obtener financiación con instituciones financieras (en adelante, los “Prestamistas”) para la construcción del Oleoducto y utilizará los recursos provenientes del Contrato, entre otras cosas, para el pago de la deuda que contraiga con los Prestamistas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*“4. Que para efectos de asegurar la viabilidad financiera de la construcción, operación y mantenimiento del Trayecto Arguaney-Banadía, el Remitente, en su calidad de Accionista de Bicentenario suscribirá un contrato de transporte de crudo en virtud del cual, durante el Plazo Ship or Pay, el Remitente pagará la Tarifa respecto de la Capacidad Contratada del Remitente independientemente del número de Barriles efectivamente transportados, conforme a los términos y condiciones que se establecen en este Contrato”.*¹⁶

Como corolario de lo anterior, no puede este Tribunal desatender la manifiesta conexidad existente entre el AMI y el contrato de transporte de crudo celebrado entre OBC y CECSA. Esto implica, por supuesto, reconocer que si bien cada uno de los contratos tiene un propósito particular, ambos están dirigidos al mismo objetivo final, por lo que debe dárseles una armónica y coherente lectura e interpretación, aspecto este que más adelante se precisará.

Teniendo presente lo anterior, procederá el Tribunal a analizar las generalidades del contrato de transporte de crudo en Colombia.

2.1.2.2. Naturaleza jurídica

De conformidad con el artículo 212 del Decreto Ley 1056 de 1953, en el ordenamiento jurídico nacional el transporte de petróleo constituye un servicio público, por lo que dicha actividad debe ser ejercida con sujeción a las reglamentaciones que con tal propósito establezca el Gobierno Nacional. Puntualmente, la normatividad aplicable para el desarrollo de la referida actividad es, en la actualidad, la Resolución No. 72145 de 2014, expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

El numeral 20 del artículo 2 de la mencionada resolución establece que el contrato de transporte de crudo, es “(...) *aquel mediante el cual el Transportador se compromete con el remitente, a cambio de un precio, a transportar*

¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 149-150.

*determinado volumen de crudo en un plazo fijado, desde un punto de entrada hasta un punto de salida”.*¹⁷

Aunado a lo anterior, el artículo 20 de la misma disposición es del siguiente tenor:

“Artículo 20. CONTRATOS DE TRANSPORTE. *Los contratos de transporte de crudo por oleoductos deberán contener como mínimo las siguientes especificaciones:*

“i) Manifestación expresa de la sujeción del contrato de transporte de crudo por oleoducto a la legislación vigente, la presente Resolución y el manual del transportador, y del conocimiento de las mismas por las partes.

“ii) Especificación del punto de entrada y punto de salida en los cuales se hará la transferencia de la custodia del remitente al transportador y del transportador al remitente, respectivamente.

“iii) La modalidad del contrato que se celebra, las condiciones comerciales que en particular corresponde a cada uno de ellas y las demás cláusulas pertinentes según cada modalidad contractual.

“iv) El volumen de crudo comprometido entre las partes, siempre y cuando los remitentes no sean: 1) los propietarios del oleoducto de uso privado, 2) La Agencia Nacional de Hidrocarburos o quién haga sus veces.

“v) El periodo de vigencia del contrato.

“Las partes podrán celebrar libremente las diferentes modalidades de contratos de transporte, para las cuales el transportador habilitará en el BTO las minutas de las diferentes modalidades contractuales de

¹⁷ Resolución No. 72145 del 2014, Ministerio de Minas y Energía. Artículo 2, numeral 20.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

transporte de crudo por oleoducto que pueda celebrar con los remitentes y terceros.

“Parágrafo. *En los contratos de transporte de crudo por oleoductos se podrá incluir para los remitentes, la posibilidad de celebrar acuerdos con otros remitentes o terceros para cederles la posición contractual o los derechos de capacidad”.*¹⁸

Se colige de lo anterior que, en el marco de la normatividad existente sobre los contratos de transporte de crudo, la legislación colombiana admite que las partes celebren diferentes modalidades de contrato de transporte, estableciéndose allí el contenido mínimo que debe tener el respectivo negocio jurídico pero sin imponer limitación específica a las particularidades que puedan acordar las partes. Se exige, en todo caso, que el convenio indique la modalidad de contrato que se celebra, las condiciones comerciales y las demás cláusulas que se estimen convenientes para ajustar el negocio jurídico a las necesidades de las partes.

Recuérdese también, para los efectos de integración del contenido del negocio jurídico que resulten del caso, que el contrato de transporte está regulado de manera general en el Título IV del Libro 4º del Código de Comercio (arts. 981 y ss.), subrogado por el Decreto extraordinario 01 de 1980. El artículo 981 del estatuto mercantil, con el texto que lo reemplazó en virtud del D.E. 01 de 1980, dispone que “[e]l transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.”

En ese contexto normativo se puede señalar que del contrato de transporte de cosas surge para el transportador la obligación de recibir, conducir y entregar una cosa en el lugar de destino, a cambio de una remuneración que le debe pagar el remitente, o, eventualmente, el destinatario que la reciba a satisfacción.

Respecto del contrato de transporte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

¹⁸ Resolución No. 72145 del 2014, Ministerio de Minas y Energía. Artículo 20.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“1. El contrato de transporte es aquel negocio jurídico ajustado entre el remitente, ya sea que obre por cuenta propia o ajena (art. 1008, C. de Co.), y el transportador, por virtud del cual éste se obliga para con el primero, a cambio de un precio, “a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario” (art. 981, ib.), en el “estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario” (art. 982, inc. 1º, ib.).

“De conformidad con el inciso 2º del citado artículo 981 del estatuto mercantil, el contrato de transporte es consensual o de forma libre, como quiera que “se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas generales”.

“En torno de la naturaleza de los deberes de prestación que surgen de tal contrato, jurisprudencia y doctrina, al unísono, tienen decantado que la obligación del transportador es de resultado, pues como se dejó observado y lo imponen expresamente para el transporte de cosas, que es el relacionado con este asunto, el ya citado numeral 1º del artículo 982 del Código de Comercio y el artículo 1008 de la misma obra, corresponde a él, también llamado porteador o acarreador, recibirlas, conducir las en la forma y término convenidos o, a falta de estipulación, “conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa”, y entregarlas al destinatario en el mismo estado en que las recibió, que se presume satisfactorio, salvo observación en contrario. Y no obstante los diversos planteamientos que puedan existir en relación con la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, y, particularmente, sobre los efectos sustanciales y procesales que en relación con dicha clasificación se establecen, no existe mayor dificultad en aceptar que en las obligaciones de resultado, el contenido de la obligación y, por ende, lo que conduce a la satisfacción del interés del acreedor, se concreta en un logro

específico, en la obtención de la finalidad prevista, en fin, en una determinada y buscada modificación o alteración de la realidad existente con anterioridad al nacimiento de la relación obligatoria.

“En particular, en relación con el contrato de transporte, por esta Corporación se ha dicho que ‘la del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplirla no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una ‘causa extraña’, vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron ‘todas las medidas razonables’ de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación’ (Cas. Civ., sentencia de 1º de junio de 2005, expediente No. 1999-00666-01).”¹⁹

Ahora bien, el contrato de transporte de crudo tiene las particularidades que se desprenden, por una parte, de la reglamentación gubernamental a que se ha hecho referencia, y por otra, de la naturaleza misma del objeto transportado (crudo, en este caso), así como de los medios empleados, que en el caso particular es un oleoducto, esto es, la tubería a través de la cual se conduce la materia que debe transportarse de un lugar a otro.

2.1.2.3 Contenido básico del contrato de transporte celebrado entre OCB y CECSA el 20 de junio de 2012

Habiendo calificado, en principio, el contrato, procede el Tribunal a continuación a examinar las principales estipulaciones del Contrato de Transporte Bicentenario, en particular las relativas a la tarifa “ship or pay”, a los eventos justificados y a las

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Referencia 05001-3103-010-2000-00012-01.

consecuencias de su ocurrencia en relación con el pago de las tarifas contratadas, todo con el propósito de determinar el verdadero alcance de lo acordado por los contratantes y la real intención de las partes cuando determinaron la inclusión de las específicas estipulaciones que se analizarán.

a. El objeto del contrato y la modalidad adoptada respecto de las tarifas del transporte

La cláusula 2 del Contrato de Transporte Bicentenario, relativa al objeto y alcance del mismo, contiene el esquema general del funcionamiento del negocio jurídico celebrado. La referida cláusula es del siguiente tenor:

“Cláusula 2. Objeto y Alcance del Contrato.

“Sección 2.01 - Objeto: *Sujeto a los términos y condiciones previstos en este Contrato y en el Manual del Transportador, Bicentenario se obliga a prestar al Remitente el Servicio por la Capacidad Contratada del Remitente. El Remitente, en contraprestación, se obliga a pagarle a Bicentenario la Tarifa, en la modalidad “transporte o pague” de acuerdo a la sección 2.02 del presente Contrato y/o en la modalidad “transporte y pague” de acuerdo a la Sección 2.03”.*

“Sección 2.02 - Modalidad transporte o pague del Servicio: *La modalidad bajo la cual Bicentenario prestará el Servicio al Remitente, respecto de la Capacidad Contratada del Remitente durante el Plazo Ship or Pay, será la de transporte o pague, en virtud de la cual la obligación de pago de la Tarifa a cargo del Remitente en relación con dicha Capacidad Contratada del Remitente debe ser íntegramente satisfecha en los términos del presente Contrato, independientemente del número de Barriles nominados o efectivamente transportados.*

“Sección 2.03 – Modalidad transporte y pague del Servicio: *La modalidad bajo la cual Bicentenario prestará el Servicio al Remitente por la Capacidad Contratada del Remitente durante el Plazo Ship*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

and Pay será la de transporte y pague, en virtud de la cual la obligación de pago de la Tarifa a cargo del Remitente debe ser satisfecha en los términos del presente Contrato únicamente por el número de Barriles nominados y efectivamente transportados”²⁰.

Se observa de lo anteriormente reseñado que la estructura contractual consistió, esencialmente, en que OBC, como transportador, se obligó a prestar el servicio de transporte de una determinada capacidad contratada de crudo, a favor de CECSA, como remitente del mismo. Como contraprestación, CECSA se obligó a pagar una tarifa en la modalidad “Transporte o Pague”, o en la modalidad “Transporte y Pague”, según fuere el caso.

La modalidad “Transporte o Pague” que se convino entre las partes consistió en el pago de una tarifa fija, a cargo del remitente, la cual debía ser pagada con independencia del número de barriles que se nominaran, o que efectivamente se transportaran. En otras palabras, CECSA se obligó a pagar, inexcusablemente, una tarifa fija a OBC como contraprestación por el servicio de transporte, sin que importara qué cantidad de crudo fuera efectivamente transportada.

Adicionalmente, se estableció una modalidad de tarifa distinta, denominada “Transporte y Pague”, según la cual, cuando resultare aplicable, CECSA debía pagar una tarifa directamente proporcional al número de barriles nominados, y efectivamente transportados por OBC.

Respecto de los conceptos comprendidos en la tarifa del contrato las partes sostuvieron posiciones encontradas en el desarrollo del proceso.

Así, la convocante expresó que la tarifa “*ship or pay*” correspondía al pago del servicio del transporte de crudo al que se había obligado OBC. En tal sentido, afirmó que, si bien al momento de estructurar la tarifa se tuvieron en cuenta ciertos costos y gastos tendientes a que se pudiera recuperar la inversión realizada en la construcción del proyecto, no por ello la tarifa dejaría de remunerar directamente el servicio de transporte. Como sustento de su posición, la convocante afirmó que el hecho de que OBC facturara el servicio de

²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 150-151.

transporte, implicaba suponer que el servicio de transporte se había prestado efectivamente, por lo cual concluyó que la tarifa no podía corresponder a un concepto diferente.

La convocada, por su parte, sostuvo que la tarifa “*ship or pay*” comprendía no solo la remuneración por el servicio de transporte, sino, además, el pago de una serie de variables adicionales, de conformidad con el complejo modelo financiero que antecedió la celebración del contrato de transporte, fruto de lo cual el proyecto contaba con un flujo de caja constante que permitía servir la deuda del crédito sindicado y garantizar a los accionistas una tasa interna de retorno del 10,5%.

Más adelante volverá el Tribunal sobre este aspecto de la controversia.

b. El alcance de las obligaciones de OBC frente a CECSA

Estudiados, dentro de las consideraciones del Tribunal, el AMI, que está en la base o en el origen de las relaciones contractuales entre las partes en este asunto que ahora se desata, así como habiéndose analizado anteriormente el objeto del contrato de servicio de transporte, corresponde al Tribunal analizar los alcances Contrato de Transporte Bicentenario entre las bases de Arguaney y de Banadía, es decir, entre los departamentos de Arauca y de Casanare, que constituyen los dos extremos de funcionamiento hasta la fecha del oleoducto, no habiéndose desarrollado las etapas posteriores de éste, conforme se previó en el AMI, celebrado entre las partes de este litigio y otros interesados con fecha 17 de diciembre de 2010. En todo caso, dicho acuerdo expresamente contempló que las extensiones posteriores de un nuevo sistema de transporte de petróleo crudo hasta el puerto de Coveñas, a partir de la etapa Cero, solamente se darían por acuerdo de todas las partes, cuando las condiciones que justificaran dicha extensión así lo aconsejaran.

Debe quedar claro en este análisis del problema sometido al Tribunal, que el contrato de transporte celebrado entre las partes terminaba necesariamente en la base de Banadía, porque solamente hasta ella llega actualmente el oleoducto encargado de transportar el crudo por cuenta de los “remitentes”, es decir, los

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

usuarios del Oleoducto Bicentenario, que son, adicionalmente, accionistas de la parte convocada. Sin embargo, es claro igualmente para el panel arbitral que este punto terminal de las obligaciones de OBC no podía ser, en la intencionalidad de las partes, especialmente de los denominados remitentes, es decir, los usuarios de los servicios del oleoducto, accionistas y contratistas de OBC, el punto final de sus pretensiones de movilización del crudo.

Es evidente, a través del recorrido de los medios probatorios arrojados al expediente, especialmente de la prueba testimonial²¹, que las obligaciones de OBC empataban con las derivadas de un contrato distinto, coligado como se analizará posteriormente, entre los mismos remitentes y la empresa CENIT, TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. (CENIT), que sustituyó a ECOPETROL en la respectiva posición contractual. CENIT, al tenor de lo probado en este trámite arbitral, debía recibir el crudo en la estación de Banadía y transportarlo mediante el denominado Oleoducto Caño Limón-Coveñas, hasta este último puerto en el océano Atlántico, lugar de destino del crudo y de su embarque para los mercados adquirentes del mismo. Esta obligación de CENIT se instrumentó a través de un contrato distinto, cuya existencia y alcances no fueron ventilados en el asunto que hoy se decide y que, por esta razón, no puede ser materia de ninguna decisión por este Tribunal.

Varios de los testimonios que se han reseñado fueron concordantes en la conclusión de que nada aprovechaba a los denominados remitentes transportar el crudo desde Arguaney hasta Banadía, si desde este último punto no existía la posibilidad de continuar el transporte hasta Coveñas²². Por lo demás, el simple análisis lógico del AMI y del Contrato de Transporte Bicentenario, impone idéntica conclusión. Como el testigo John Arthur Perret-Gentil Duque lo expresara de manera gráfica, no tenía sentido llevar el crudo hasta un lugar “*en la mitad de la nada*”, si desde allí no era posible ninguna forma de movilización²³, pues si bien en la fase 0 del Proyecto se desarrolló la construcción de un descargadero en

²¹ Ver al respecto, especialmente, las declaraciones de Carmenza Chahín Álvarez (Cuaderno de Pruebas N° 13 folios 288 a 303) y Orlando Francisco Mendigaña Páez (Cuaderno de Pruebas N° 13 folios 232 a 245).

²² Ver al respecto, especialmente, la declaración de John Arthur Perret-Gentil Duque.

²³ *Ibidem*

Banadía, se evidencia que el propósito del mismo era temporal y que con posterioridad se aconsejó que este se desmontara o se vendiera.²⁴

Sin embargo de la coligación de las obligaciones de transporte a cargo de OBC y de CENIT, para el Tribunal es nítido que se trató de dos contratos distintos, si bien complementarios, entre los remitentes y las entidades propietarias de los dos oleoductos, sin que ninguna de ellas se hubiera obligado expresamente al transporte a cargo del otro oleoducto. Tampoco aparece acreditado que OBC se haya comprometido al hecho ajeno (el de CENIT), a través del acuerdo celebrado con los remitentes, en concreto con la parte convocante. Esta última posibilidad, que ni siquiera fue alegada, no puede entenderse sin una expresa manifestación por parte de quien se compromete al hecho de alguien diferente, a pesar de que la coligación de los contratos de transporte la haga lógica, sin permitir suponerla por falta del consentimiento respectivo. No necesariamente todo cuanto resulta lógico corresponde a lo pactado entre las partes.

Si bien durante el trámite arbitral las partes discutieron ampliamente si el Oleoducto Bicentenario conformaba un “sistema” con el Oleoducto Caño Limón Coveñas, lo cierto es que, más allá de la coligación o conexión contractual a que se ha hecho referencia y al efecto que esta pueda tener en temas específicos, tales como la notificación de los eventos justificados ocurridos en uno u otro oleoducto o la necesidad de que el crudo que llegaba a Banadía fluyera hacia el oleoducto administrado por CENIT, lo cierto es que en el marco de las pretensiones y las excepciones planteadas por las partes no corresponde que el Tribunal emita una declaración particular al respecto.

c. Lo acordado respecto de la ocurrencia de “eventos justificados”

CECSA y OBC estipularon que ciertos eventos ajenos a la voluntad de las partes que dieran lugar a que se interrumpiera o retrasara la conducción del crudo constituirían “eventos justificados”, con la consecuencia de que en tales supuestos no podría endilgarse responsabilidad al transportador por el incumplimiento en la ejecución del contrato de transporte.

²⁴ Ver estudio de OBC que obra a folio 493 del Cuaderno N° 7. Igualmente, ver Interrogatorio de parte de OBC, en cabeza de Alexander Cadena Montezuma.

La figura de que se trata quedó definida en el anexo A del contrato de transporte, en los siguientes términos:

“Evento Justificado: Significa cualquier evento de fuerza mayor o caso fortuito, vicio propio o inherente al Crudo, o cualquier acto o hecho de un tercero, incluyendo, pero sin limitarse a, actos guerrilleros o terroristas o cualquier tipo de alteración al orden público, que causen daños al Oleoducto o eventos que interrumpan, retrasen o impidan el cumplimiento de las obligaciones de Bicentenario”²⁵.

Por otra parte, en la cláusula 4 del Contrato de Transporte Bicentenario, las partes desarrollaron, en mayor detalle, la forma en que debía remunerarse el servicio de transporte:

“Cláusula 4. Valor y Forma de Pago del Servicio.

“Sección 4.01 – Valor del Servicio:

“(a) El remitente se obliga a pagar a Bicentenario la Tarifa multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente y por el número de días del Mes Calendario correspondiente, independientemente de que la Nominación presentada por el Remitente en el correspondiente mes sea inferior a la Capacidad Contratada del Remitente e incluso cuando no haya nominado o transportado Barril alguno.

“(b) En caso de que (i) la Fecha de Inicio del Pago de Tarifa ocurra antes que la Fecha de Inicio del Servicio y sólo respecto del período comprendido entre dichas fechas, el Remitente se obliga a pagar una suma equivalente a la Tarifa, multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente, por el número de Días del Mes Calendario correspondiente, aún a pesar del hecho de que no se haya iniciado

²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 153-154.

*la prestación del Servicio; o (ii) **durante el Plazo Ship or Pay se presente una suspensión en la prestación del Servicio, independientemente de si las causas son imputables a Bicentenario o se derivan de un Evento Justificado conforme a la Sección 8.03 del Contrato, el Remitente se obliga a pagar una suma equivalente a la Tarifa, multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente, por el número de Días durante los cuales persista la suspensión y aún a pesar del hecho de que durante ese periodo de suspensión no se esté prestando el Servicio; dichos pagos (sic) se les dará el tratamiento que se señala a continuación.***

*“(c) Los montos correspondientes a la Tarifa que haya pagado el Remitente conforme a lo establecido en la Sección 4.01(b) anterior, si los hubiere, **se considerarán como anticipos de pago de Tarifa y se imputarán al pago del Servicio a partir del 12° mes después de iniciado el Plazo de Prestación del Servicio, hasta agotar los saldos a favor del Remitente.** Los saldos a favor del Remitente que correspondan a anticipos de pago de Tarifa se imputaran mes a mes hasta agotar los mismos. (...)” (subraya y resalta el Tribunal).*

Como se desprende de las estipulaciones antes reseñadas, las partes incorporaron una obligación de permanente e inexcusable cumplimiento a cargo de CECSA: el pago de la tarifa “ship or pay”. En efecto, CECSA debía pagar la tarifa, aun cuando por circunstancias ajenas, el servicio no pudiera ser prestado.

En ese contexto, se observa que las partes establecieron una regulación particular respecto de los efectos que se producirían en aquellas situaciones en las que la tarifa hubiera sido pagada, pero el servicio no se hubiera podido prestar por motivos ajenos a OBC. La solución contractual que se planteó, al menos en un principio, fue que dichos pagos fueran considerados como anticipos del pago de la tarifa. En consecuencia, los pagos que se hubieran efectuado en esas condiciones podrían ser imputados al pago de la tarifa a partir del doceavo mes siguiente a aquel en que hubiera iniciado la prestación del servicio, hasta que se agotaran los saldos a favor del remitente, con las precisiones y requisitos a que hacen referencia los ordinales d) y e) de la Sección 4.01 antes transcrita.

Finalmente, debe destacarse que la sección 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario estableció los efectos de un evento justificado en los siguientes términos (subraya y resalta el Tribunal):

“Sección 8.03 – Efectos de un Evento Justificado: *En el evento de presentarse un Evento Justificado que suspenda o afecte total o parcialmente la prestación del Servicio:*

“(a) Bicentenario deberá notificar la ocurrencia del mismo por escrito al Remitente, dentro de las 24 horas siguientes al momento en que tenga conocimiento de la ocurrencia del Evento Justificado, comprometiéndose a remitir todos los detalles dentro de los 5 días hábiles siguientes.

“(b) Bicentenario deberá realizar todas las diligencias razonables que se requieran para restablecer tan pronto como sea posible el Servicio y el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. Así mismo, deberá hacer todos los Esfuerzos Razonables para minimizar o mitigar cualquier retraso o costos adicionales que pudieran ocasionarse y mantener informado al Remitente de los avances.

“(c) El Remitente deberá continuar pagando la Tarifa y a dichos pagos se les dará el tratamiento establecido en la Sección 4.01(c) y subsiguientes de este Contrato. *No obstante lo anterior, si el Evento Justificado suspende la prestación del Servicio por un período igual o superior a 6 meses continuos e ininterrumpidos, contados a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho, el Remitente tendrá derecho a dar por terminado el presente Contrato sin lugar a indemnización alguna a favor de Bicentenario. Si la suspensión del Servicio se debe a vicio propio o inherente al Crudo o culpa imputable al Remitente, el Remitente responderá de conformidad con lo previsto en Sección 8.02 del presente Contrato y la Cláusula 18 del Manual del Transportador.”²⁶*

²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 160.

Conforme se destacó anteriormente, y para efectos del establecer la intención inicial de las partes en los particulares aspectos contractuales a que se ha hecho referencia, se concluye que estas convinieron lo siguiente: (i) se acordó celebrar un contrato de transporte de crudo que, además de las prestaciones propias de este negocio jurídico, tenía la finalidad particular de proveer un flujo constante de caja que permitiera sufragar las obligaciones financieras asumidas por OBC en virtud del AMI; (ii) en el contrato de transporte, OBC se obligó a transportar una capacidad máxima diaria en favor de CECSA, a cambio del pago de una tarifa “*ship or pay*”; (iii) las partes establecieron una serie de circunstancias denominadas “eventos justificados”, en las que ante la interrupción o suspensión del servicio de transporte por causas ajenas a ellas, no habría lugar a imputar responsabilidad al transportador; y (iv) en los supuestos de los denominados “eventos justificados”, la tarifa “*ship or pay*” que hubiera sido pagada por un servicio que finalmente no se prestaba, se consideraba como un anticipo que al vencer el plazo de doce (12) meses contados a partir de la iniciación de la prestación del servicio podría ser imputado a pagos posteriores del remitente hasta agotar sus saldos.

2.1.3 Otrosí No. 2 al Contrato de Transporte Bicentenario, fechado el 28 de marzo de 2014

Hecha la referencia de los documentos contractuales anteriormente reseñados, el tercer instrumento que forzosamente debe estudiar el Tribunal, con el propósito de dar un correcto entendimiento al problema jurídico que enfrenta a las partes, es el Otrosí No. 2, con fecha del 28 de marzo de 2014.

2.1.3.1. Contexto general

Mediante el Otrosí No. 2 del 28 de marzo de 2014, OBC y CECSA acordaron la modificación de algunos aspectos específicos del Contrato de Transporte Bicentenario. De conformidad con las consideraciones establecidas en el otrosí antes mencionado, las partes reconocieron que el contrato original fue celebrado con dos propósitos: (i) “*asegurar la viabilidad financiera de la*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*construcción, operación y mantenimiento del Trayecto Araguaney – Banadía*²⁷ y (ii) *“transportar Crudo de Propiedad del Remitente por el Trayecto Araguaney – Banadía”*²⁸.

En ese escenario, y previo señalamiento de que OBC encontró la posibilidad de dar un mejor aprovechamiento del oleoducto, las partes manifestaron su intención de suscribir el otrosí con cuatro propósitos esenciales: (i) realizar una modificación en el valor del servicio; (ii) modificar lo relativo a los pagos efectuados por los remitentes en los eventos de suspensión del servicio; (iii) regular la causación de una tarifa adicional por utilizar una capacidad mayor de la contratada inicialmente; y (iv) clarificar los términos en los que OBC debía facturar sus servicios a los accionistas²⁹.

Puntualmente, respecto del punto en el que radica la controversia del presente proceso, la sección 2.03 del Otrosí modificó la sección 4.01 del Contrato de Transporte Bicentenario, que se analizó anteriormente. Se cita a continuación el texto modificado (subraya y resalta el Tribunal):

“Sección 4.01 – Valor del Servicio:

(a) El Remitente se obliga a pagar a Bicentenario:

(i) Durante el Plazo Ship or Pay:

(A) La Tarifa multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente y por el número de días del Mes Calendario correspondiente, Independientemente de que la Nominación presentada por el Remitente en el correspondiente mes sea inferior a la Capacidad Contratada del Remitente e incluso cuando no haya nominado o transportado Barril alguno, más

²⁷ Cuaderno de pruebas No. 1. Folio 204.

²⁸ *Ibídem.*

²⁹ *Ibídem.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

(B) La Tarifa MME multiplicada por los barriles efectivamente transportados durante el Mes de Operación, dentro de la Capacidad Condicionada.

(ii) Durante el Plazo Ship and Pay: La Tarifa MME, por el número de Barriles efectivamente transportados dentro de la Capacidad Contratada del Remitente y dentro de la Capacidad Condicionada en el Mes de Operación.

En caso que la Tarifa MME no sea suficiente para cubrir los gastos de mantenimiento, operación y administración del Oleoducto, los gastos de depreciación, amortización e impuestos y una ganancia equitativa, las Partes se pondrán de acuerdo sobre los términos y condiciones de la tarifa a ser aplicada; sin perjuicio de los trámites que deba adelantar Bicentenario ante el Ministerio de Minas para revisar la Tarifa MME.

(b) En caso de que la Fecha de Inicio del Pago de Tarifa ocurra antes que la Fecha de Inicio del Servicio y sólo respecto del período comprendido entre dichas fechas, el Remitente se obliga a pagar una suma equivalente a la Tarifa, multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente, por el número de Días del Mes Calendario correspondiente, aún a pesar del hecho de que no se haya iniciado la prestación del Servicio. A dichos pagos se les dará el tratamiento que se señala a continuación:

(i) Siempre y cuando Bicentenario esté en capacidad de atender los pagos de capital e intereses de la deuda contraída con los Prestamistas, cumplir con los índices de la cobertura establecidos en el Contrato de Crédito Sindicado Local o en cualquier otro acuerdo con los Prestamistas, cumplir con cualquier otra obligación de hacer o covenant financiero establecido en dicho instrumento, atender todas las obligaciones asumidas por Bicentenario con terceros, y cubrir todos los gastos de operación y mantenimiento del oleoducto, los montos correspondientes a Tarifa que haya pagado el Remitente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

entre la Fecha de Inicio de Pago de la Tarifa y el 31 de diciembre de 2013 conforme a lo establecido en la Sección 4.01(b) anterior, si los hubiere, se considerarán como anticipos de pagos a cargo del Remitente a favor de Bicentenario, y podrán ser imputados durante el plazo Ship or Pay y/o dentro del plazo Ship and Pay, de la siguiente manera:

- Durante el Plazo Ship or Pay: Los mencionados anticipos se imputarán en pesos colombianos al pago de la Tarifa MME, causada por los volúmenes efectivamente transportados dentro de la Capacidad en Exceso, hasta agotar los saldos a favor del Remitente.
- Durante el Plazo Ship and Pay: Siempre que en el Plazo Ship or Pay no se alcancen a imputar todos los anticipos de que trata la Sección 4.01(b)(i) anterior, se imputará en pesos colombianos al pago del Servicio prestado, hasta agotar los saldos a favor del Remitente o hasta que se venza el Plazo Ship and Pay.
- Para determinar el monto a ser imputado al anticipo, se seguirán las reglas establecidas en la Sección 4.02(a)iii).
- Las Partes reconocen que la relación del estado vigente de los anticipos causados hasta el 31 de diciembre de 2013 se relacionan en el Anexo K del presente Contrato.

(c) **Los montos correspondientes a Tarifa (sic) que haya pagado el Remitente a partir del 1 de enero de 2014, se considerarán montos efectivamente pagados bajo la modalidad transporte o pague y por lo tanto no se considerarán como un anticipo y, por lo tanto, no podrán imputarse o compensarse a pago alguno.**

(d) El incumplimiento por parte del Remitente de la obligación de pago de la Tarifa MME del presente Contrato, dará lugar a la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*suspensión del Servicio de transporte para los barriles que se pretendan transportar dentro de la Capacidad Condicionada. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación del Remitente de pagar la Tarifa, y de las consecuencias previstas en el Contrato para el incumplimiento de las obligaciones del Remitente”.*³⁰

En cuanto a la sección 8.03 (c), a partir del Otrosí No. 2, esta estipulación se modificó de la siguiente manera:

“Sección 2.05 – Efectos de un evento justificado: Las partes del Otrosí 2 acuerdan modificar la Sección 8.03 (c), el cual se leerá así:

*“(c) El Remitente deberá continuar pagando la Tarifa. No obstante lo anterior, si el Evento Justificado suspende la prestación del Servicio por un período igual o superior a 6 meses continuos o ininterrumpidos, contados a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho, el Remitente tendrá derecho a dar por terminado el presente Contrato sin lugar a indemnización alguna a favor de Bicentenario. Si la suspensión del Servicio se debe a vicio propio o inherente al Crudo o culpa imputable al Remitente, el Remitente responderá de conformidad con lo previsto en la Sección 8.02 del presente Contrato y la Cláusula 18 del Manual del Transportador”.*³¹

2.1.3.2. Posiciones de las partes

En cuanto a las consideraciones que llevaron a las partes a convenir la suscripción del Otrosí No. 2 del 28 de marzo de 2014 y a sus efectos en relación con los pagos realizados por servicios que no se prestaban por la suspensión derivada de los eventos justificados, las partes de este proceso sostuvieron posiciones encontradas a lo largo del trámite.

La convocante expresó que, con el propósito de evitar la acumulación de pasivo en la contabilidad de OBC, se propuso como solución el cambio de la

³⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 206-208.

³¹ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 210.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

contabilización de los pagos efectuados de la tarifa para que éstos fueran registrados como un ingreso, y no como un pasivo más de la sociedad. Sin embargo, afirmó la convocante, nunca fue la intención de las partes, mediante la suscripción del otrosí, que dejara de existir la obligación de prestar el servicio de transporte que ya se había pagado.

En el escrito de alegatos de conclusión de la convocante, a propósito de esta temática se manifiesta lo siguiente:

“Que la intención de las partes, como lo expresaron testigos en el proceso fue la de evitar que se acumulara pasivo en OBC y que pudiere llevar lo recibido por tarifa ship or pay como ingreso en su patrimonio. Se buscaba solucionar un problema de acumulación de pasivo por los anticipos y una pérdida creciente, tal como lo explicó el perito designado por el Tribunal J.M.Noguera en la página 7 de su documento de octubre 2018 (...).

“(...)

“Se trataba de hacer que ese monumental pasivo se convirtiera en ingreso contablemente, lo cual se pactó. Pero jamás quedó estipulado ni fue la intención de las partes que con ello se renunciaba al servicio pagado.

“Una renuncia de esa importancia y contraria a la obligación fundamental de un contrato de transporte que es el servicio de transporte, de ser cierta debía ser expresa y sin asomo de duda, lo cual no ocurre ni por semejas”.

Según la convocada, que insistió en que el Contrato de Transporte Bicentenario y sus componentes deben analizarse a la luz del AMI, la modalidad “ship or pay” de la tarifa en los proyectos *Project Finance* tiene como finalidad que los accionistas reciban un mayor retorno a la inversión que realizaron para el proyecto. De conformidad con el escrito de alegatos de conclusión de la convocada, este es el motivo por el cual las partes suscribieron el Otrosí No. 2 al Contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

En efecto, la convocada argumentó que más allá de un simple cambio en la forma de llevar la contabilidad de los pagos de la tarifa “ship or pay”, lo que verdaderamente se buscó con la suscripción del Otrosí No. 2. fue que, cuando acaeciere un evento justificado que imposibilitara la prestación del servicio, se pudiera incluir el pago de la tarifa dentro de los balances contables como un ingreso que, a la postre, sería distribuido entre los accionistas como un dividendo.

Como consecuencia de lo anterior, en concepto de la convocada la modificación introducida por el Otrosí No. 2 significó la extinción de las obligaciones futuras de transporte cuando su prestación no hubiera podido realizarse por un evento justificado.

La argumentación plasmada en el escrito de alegatos de conclusión de la convocada al respecto es del siguiente tenor:

*“El 28 de marzo de 2014 **CECSA** y **OBC** convinieron y suscribieron el Otrosí No. 2 al Contrato que habría de significar importantes cambios, en especial por lo que hace a la prestación del servicio, a su pago, a su contabilización y a los efectos que tendrían los casos de no prestación del servicio por Eventos Justificados.*

*“Dicho instrumento se venía discutiendo incluso desde cuando comenzó la operación del Oleoducto en noviembre de 2013. Se trató de un Otrosí que perseguía compensar, de una parte, el alto costo de la tarifa de transporte (que para la época superaba los 12 dólares americanos por barril) y, de otra, liberar la “caja atrapada” que tenía **OBC**, conformada por anticipos (contabilizados en la cuenta de pasivos) de tarifas Ship or Pay pagadas por remitentes que no habían podido transportar su crudo por el Oleoducto habida cuenta de que la ocurrencia de atentados terroristas, o de la incapacidad manifiesta de cumplir con la obligación de la Cláusula 3.05(c) ante suspensiones del servicio por el Oleoducto Caño Limón-Coveñas.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“La intención de las partes con este Otrosí, como quedó ampliamente probado durante el trámite arbitral, fue la de eliminar la contabilización del pago de la tarifa como un anticipo en la contabilidad de OBC en aquellos casos en que, por circunstancias ajenas a su voluntad, no pudiera prestarse el servicio y así, primero, poder bajar el valor de la tarifa Ship or Pay que debían pagar los remitentes, y, segundo, poder incluirla dentro de los balances contables como un ingreso que, luego del proceso conocido como “depuración de la renta” (pago de costos y gastos, impuesto de renta, etc.), sería distribuido a los accionistas (en el caso de CECSA concurrentemente como remitente) a título de dividendos”.

Como fundamento de su posición, la convocada afirmó que, para finales de 2013, los resultados de OBC arrojaron pérdidas por un aumento desmesurado del pasivo en la contabilidad. Por tal motivo, *“la solución propuesta por OBC, y ampliamente discutida por los accionistas-remitentes, fue eliminar la figura de anticipo para, en su lugar, darle el tratamiento al pago de la tarifa “ship or pay”, independientemente de si el servicio se prestaba o no por cuenta de Eventos Justificados, de ingreso para OBC y de costo de transporte para los remitentes. Ello significaría que OBC aumentaría sus utilidades y que, a la postre, los accionistas remitentes recibirían más dividendos”*³².

Y en cuanto a los efectos del Otrosí No. 2 respecto del pago de la tarifa, igualmente las partes manifestaron sus respectivas posturas.

La parte convocante manifestó que la modificación de la sección 4.01 del Contrato de Transporte Bicentenario, introducida por la sección 2.03 del Otrosí No. 2, únicamente consistió en que, ante un evento justificado que no permitiera la prestación del servicio de transporte, los pagos de la tarifa se considerarían como pagos definitivos, y no como un anticipo que podría ser compensado con otros pagos. Más allá de eso, según la convocante, nunca se acordó que dicha modificación significaría la extinción de la obligación de prestar el servicio de transporte, ni que CECSA renunciaría al mismo.

³² Escrito de alegatos de conclusión. Pg. 146.

Al respecto, manifestó lo siguiente en su escrito de alegaciones finales:

“El texto literal de ninguna manera establece que el remitente renuncie al servicio por el cual pagó. El texto literal es absolutamente claro en cuanto a que no establece renuncia alguna al servicio que es el objeto del contrato y en cuanto a que no establece la extinción de la obligación del transportador de transportar que es la esencia del contrato. Por lo tanto, no hay oscuridad alguna en la cláusula que permita pensar en que con la cláusula que buscaba un efecto contable se cambió la naturaleza del contrato de transporte para convertirse en otro diferente de garantía de ingreso sin contraprestación. Semejante cambio hubiere requerido un texto claro y expreso, pues si en un contrato de transporte se deja de remunerar el transporte, claramente estamos frente a un cambio esencial que no puede venir escondido en una estipulación que buscaba un efecto contable y nada más. No se puede desnaturalizar un contrato de transporte por la vía de interpretación basada en una cláusula aislada de un otrosí que solo busca cambiar un anticipo por un pago anticipado de manera que pueda registrarse como ingreso, lo que jamás puede implicar que el contrato se convierte en una especie de pensión sin contraprestación”.

“(…) si se examinan los demás documentos que refiere el dictamen del perito en ninguno se dice que el remitente renuncia al servicio o que se extingue la obligación de transportar cuando se paga y el servicio no se puede prestar oportunamente. Sería tanto como sostener que si hay un atraso en cualquier transporte se pierde lo pagado por el tiquete, esto no es razonable”.

Reforzando su planteamiento, la convocante alegó que, desde una perspectiva económica, resulta absurdo considerar que las partes hubieran acordado la extinción de la obligación de transporte mediante el Otrosí No. 2, toda vez que *“pagar por un servicio que no se va a recibir simplemente por la expectativa de*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*recibir menos de una tercera parte de lo pagado como retorno no tiene sentido*³³.

Por último, sostuvo la convocante que, como prueba de la intención verdadera del Otrosí No. 2, se observa que OBC emitió facturas correspondientes al servicio de transporte. En efecto, el argumento de la convocante así se planteó en sus alegatos de conclusión:

“Además de que la Ley prohíbe emitir facturas por servicios no prestados, si la intención de OBC no era prestar el servicio no se explica por qué incluye como concepto en sus facturas servicio de transporte. Ese no es el concepto verdadero de la factura pues no está facturando un servicio de transporte, sino otra cosa.

“Claramente tuvo siempre la intención de cobrar y prestar el servicio y solo con ocasión de las reclamaciones de la Convocante vino a construir la tesis de que la obligación se extinguía. Con esas facturas creaba la legítima expectativa en los remitentes que se cobra un servicio y que obviamente se va a prestar así no se pueda oportunamente por un evento justificado. Pero luego defrauda esa razonable expectativa diciendo que el pago lo perdió el remitente pues no va a prestar servicio alguno

“Es importante señalar que la Convocante siempre ha manejado lo que le cobra OBC como costo, conforme a la norma contable aplicable, manejo que nunca ha cambiado. Es de la mayor importancia que se observe que este manejo de la Convocante es uniforme, homogéneo y conforme a la norma contable y no cambió con el Otrosí 2. El dictamen del perito designado por el Tribunal confirma que el manejo es correcto y no levante glosa alguna”³⁴.

Por el contrario, la parte convocada manifestó que, si bien inicialmente se estableció en el Contrato de Transporte Bicentenario que los pagos de la tarifa

³³ Escrito de alegatos de conclusión. Pg. 43.

³⁴ Escrito de alegatos de conclusión. Pg. 46.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

que se efectuaran ante un evento justificado serían considerados como un anticipo que podría ser compensado posteriormente, con el Otrosí No. 2 se decidió extinguir la obligación de transporte adeudada por OBC en tales eventos, y tratar dichos pagos como un pago definitivo que, finalmente, sería repartido entre los accionistas como utilidades.

Así fue expresado por la convocada en su escrito de alegatos de conclusión:

“Para los efectos de la controversia, resulta de la mayor importancia concentrarse en el primero de los puntos que he anotado. En efecto, en el Contrato original, se preveía que en caso de Eventos Justificados el pago de la tarifa por parte de los remitentes sería tratado como un anticipo que luego serían compensadas con tarifas futuras —Cláusula 4.01(c)—.

*“En este orden de ideas, lo que se previó inicialmente en el Contrato era que el remitente recibiera el servicio “gratis” en el futuro puesto que no había podido disfrutar del transporte en el tiempo y modo debidos como consecuencia de la ocurrencia de un Evento Justificado. Y digo “gratis” porque en realidad lo que ocurría era que el remitente ostentaba una nota crédito a su favor contra una cuenta del pasivo de **OBC** (“anticipo a clientes”) cuyo valor iría a compensarse con la factura de la tarifa futura.*

“En realidad, como anotó la doctora Vegas, las circunstancias de orden público, así como otras consideraciones, revelaron que los remitentes no iban a poder disfrutar de los anotados anticipos en el mediano plazo y que solo hasta la fecha de finalización del período Ship or Pay —en el 2024 cuando el pago de la deuda con la banca sindicada fuese satisfecha a cabalidad—, era previsible que ello ocurriera.

*“En tal virtud, la solución propuesta por **OBC**, y ampliamente discutida por los accionistas-remitentes, fue eliminar la figura del anticipo para, en su lugar, darle el tratamiento al pago de la tarifa Ship or Pay,*

independientemente de si el servicio se prestaba o no por cuenta de Eventos Justificados, de ingreso para OBC y de costo de transporte para los remitentes. Ello significaría que OBC aumentaría sus utilidades y que, a la postre, los accionistas-remitentes recibirían más dividendos.

“Tal cambio conllevaba, que las prestaciones de transporte no cumplidas por OBC por cuenta de Eventos Justificados se extinguían definitivamente, puesto que aquello que en el contrato original se pagaba con servicio de transporte, con el Otrosí No. 2 se planteaba como un pago por la vía de mayores utilidades y, por ende, de más dividendos”³⁵.

En suma, para la convocada “(...) la suscripción del Otrosí No. 2 significó, simultáneamente, una modificación a la asignación de riesgos entre las Partes -de modo de proteger a OBC y los ingresos que ella generaba en provecho de los accionistas- y una convención extintiva de las obligaciones de transporte que no fueron cumplidas durante el tiempo en el que se extendieron los efectos de los Eventos Justificados”.

2.1.3.3. Análisis y conclusión del Tribunal

Para el Tribunal resulta claro que con la suscripción del Otrosí No. 2, de 28 de marzo de 2014, OBC y CECSA decidieron sustituir la estipulación original según la cual los pagos de la tarifa “*ship or pay*”, que hubieran sido realizados en los supuestos de eventos justificados, serían tratados contablemente como anticipos que podrían ser posteriormente imputados al pago futuro del mismo servicio. En su lugar, las partes convinieron que desde el 1 de enero de 2014 dichos pagos realizados en el marco del acaecimiento de un evento justificado serían tratados como pagos definitivos que, según allí mismo se señala, no podrían ser imputados o compensados a pagos posteriores (destaca el Tribunal).

Esta circunstancia, unida a la supresión de la disposición que en la Sección 8.03 c) remitía a lo dispuesto en la Sección 4.01 c), que permitía concluir que los pagos

³⁵ Escrito de alegatos de conclusión. Pg. 146

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

realizados durante los eventos justificados daría el derecho a que tales erogaciones fueran consideradas como anticipos para retribuir el servicio de transporte luego de los doce meses siguientes a la iniciación del servicio, considerándose que dicha imputación se realizaría en la medida en que existieran saldos a favor del remitente, llevan al Tribunal a concluir que luego de la vigencia del Otrosí No. 2 efectivamente se extinguió el derecho a reclamar la prestación del servicio de transporte que no se hubiera disfrutado por causa de un evento justificado.

Evaluada los medios de prueba a disposición del Tribunal, en particular la declaración de Anabella Vegas Zubeldia³⁶, así como los soportes del dictamen pericial elaborado por la sociedad J.M. Noguera y Cia.³⁷, y, fundamentalmente, el texto modificadorio que se analiza con las inclusiones y exclusiones arriba explicadas, se observa que, en efecto, la intención de las partes con las modificaciones introducidas al Contrato de Transporte Bicentenario con el Otrosí No. 2, fue la de incorporar cambios en la contabilización de las operaciones de transporte, y, en particular, que los pagos por los servicios no prestados por la ocurrencia de eventos justificados no fueran considerados como un anticipo que generara hacia el futuro el derecho a disfrutar del servicio de transporte, sino que tales flujos ingresaran directamente al estado de resultados de OBC, con el fin de atender sus compromisos y de repartir los excedentes a sus accionistas, como en efecto ha ocurrido, pues estos son, igualmente, los remitentes en los contratos de transporte que dicha sociedad celebra. En efecto, es evidente que las modificaciones de orden contable condujeron a que los accionistas de OBC pudieran empezar a percibir dividendos de la compañía en cuantías que no son despreciables, mientras que en el pasado la sociedad reportaba pérdidas, tal y como se consignó en el dictamen pericial elaborado por la firma J.M. Noguera.³⁸

Debe tenerse presente también que la modificación introducida mediante el Otrosí No. 2 de 28 de marzo de 2014 se presenta como una expresión de la autonomía privada, mediante la cual las partes del Contrato de Transporte

³⁶ Cuaderno de Pruebas N° 13, folios 96 a 122. Pueden observarse, igualmente, los correos electrónicos que contienen los mensajes cruzados entre Anabella Vegas y el área jurídica de CECSA en forma previa y posterior a la firma del Otrosí No. 2 (Cuaderno de Pruebas No. 7, folios 605 a 613).

³⁷ Cuaderno de Pruebas No. 12. Folios 2-84.

³⁸ Cuaderno de Pruebas No. 12. Folios 2-84.

Bicentenario decidieron ajustar parte de las estipulaciones previamente convenidas entre ellas, con el propósito de autorregular sus intereses con relevancia jurídica, negocio jurídico este en el que no se observa transgresión a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, ni se presentan elementos o circunstancias que generen en el Tribunal inquietudes sobre su existencia, validez u oponibilidad, amén de que ninguna pretensión o alegato fue planteado en ese sentido durante el proceso.

Establecido lo anterior, procederá el Tribunal a abordar a continuación tres aspectos conceptuales, que resultan relevantes en orden a realizar una completa y adecuada labor de interpretación de los instrumentos contractuales a que se ha hecho referencia anteriormente.

2.1.4. Coligación contractual

Según ya se ha destacado, de antaño, el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido el principio de la autonomía privada, según el cual las personas pueden autorregular sus intereses, conviniendo entre ellas la creación de obligaciones, con el carácter vinculante que ello supone, a efectos de satisfacer las necesidades que surgen de las dinámicas sociales (artículo 1602 del Código Civil). Con ese fundamento, el artículo 1495 del Código Civil establece que el contrato es “(...) un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Por su parte, el artículo 864 del Código de Comercio dispone que “[e]l contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

Es indispensable reconocer que las actuales relaciones sociales se caracterizan por ser dinámicas y complejas, de una forma anteriormente no conocida. En efecto, las últimas décadas han registrado una serie de cambios sociales, políticos, culturales y económicos, dentro de los cuales se destaca la liberación

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

de los mercados³⁹. Lo anterior, por supuesto, demanda una constante evolución del ordenamiento jurídico para que se ajuste a las nuevas realidades.

En ese contexto ha venido desarrollándose en Colombia la figura de los contratos coligados. El profesor Jorge Suescún Melo ha descrito la coligación de contratos como aquella situación en la que existe una coordinación entre diferentes negocios jurídicos, mediante la ordenación de intereses pretendidos por las partes, de tal suerte que hay un elemento de conexión jurídicamente relevante entre ellos.⁴⁰

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha desarrollado la noción de la coligación contractual en los siguientes términos:

“En consecuencia, la pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del conjunto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único, caracteriza el contrato coligado, cuya función se realiza por la conjunción coordinada y, de esta manera, deviene propia y distinta; la unicidad y pluralidad del interés perseguido no se traduce en un tipo único, permaneciendo en todo instante la unión de todos.”⁴¹

En oportunidad posterior, la Corte Suprema de Justicia volvió a pronunciarse sobre el concepto de la coligación contractual, así:

“Sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno de que se trata, sino con ánimo, más bien, de destacar los elementos que lo estereotipan, cabe decir que él opera, así parezca obvio señalarlo, en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos

³⁹ Arrubla, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Editorial Legis. 3ra edición. 2013. Bogotá, Colombia.

⁴⁰ Suescún, Jorge. Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Editorial Legis. 2005. Bogotá, Colombia.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de diciembre de 2008. M.P. William Namén Vargas. Radicado No. 05001-3103-009-2002-00099-01.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez (...)"⁴².

Por su parte, en sede arbitral se ha tratado el tema de la coligación contractual y sus efectos, en los siguientes términos:

“En la contratación mercantil son muchas las operaciones que demandan la intervención de pluralidad de contratos. Esta creciente realidad ha sido expuesta por la doctrina bajo denominaciones no siempre coincidentes y modalidades diversas. En ese sentido es frecuente ver expresiones como “unión de contratos”, contratos “conexos”, “coligados” “relacionados”, “vinculados”, o “cadenas”, “redes”, o “grupos” de contratos.

“Operaciones como las de construcción, medicina prepaga, paquetes turísticos vendidos por agencias de viaje, tarjeta de crédito, venta de productos con financiación proveniente de sujeto diferente del vendedor, etc., son apenas unos pocos ejemplos de eventos que requieren de una multiplicidad de contratos.

“La distribución de bienes es una necesidad económica que frecuentemente demanda un esquema complejo de contratos, conexos o coligados, que involucra acuerdos de diversa naturaleza celebrados, algunos entre las mismas partes, otros, con terceras personas, pero que evidencian heterogeneidad en su naturaleza y, sobre todo, lo que la doctrina ha llamado una ‘finalidad económica supracontractual’”⁴³.

En consecuencia, el fenómeno de la coligación contractual se presenta cuando, mediante dos o más contratos individualmente considerados, las partes buscan

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de noviembre de 2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación No. 68001-31-03-001-1998-00181-02.

⁴³ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Automotora Nacional S.A. v. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. Laudo del 25 de abril de 2017. Árbitros: Guillermo Zea Fernández (Presidente), Sergio Muñoz Laverde y Fernando Pabón Santander.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

un fin o propósito superior de naturaleza práctica o económica, que es común a ellas y que sólo puede ser alcanzado mediante la cabal operación conjunta y coordinada de los negocios jurídicos individuales, al paso que es dicho fin ulterior el que, en realidad, constituye el sentido de los respectivos contratos. Lo anterior, valga aclarar, sin que los múltiples contratos lleguen a conformar uno solo.

La mayor parte de la doctrina que ha tratado este particular asunto, ha coincidido en que, actualmente, el “*individualismo contractual*” ha venido siendo reemplazado por la contratación colectiva o compleja. En efecto, como se expuso en líneas anteriores, la doctrina ha sostenido que el propósito de esta modalidad de contratos es la consecución de un propósito de mayor entidad, a través de varios contratos entrelazados por un conjunto de intereses que, por supuesto, debe ser comprendido como un “todo económico”.⁴⁴

No puede perderse de vista que cada uno de los contratos que componen la estructura contractual es autónomo e independiente –jurídicamente– de los demás. El Tribunal estima conveniente hacer hincapié en que un escenario de coligación contractual no significa, de manera ninguna, la configuración de un único contrato con una causa unitaria. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de octubre de 1999:

“Así, en los contratos coligados, según enseña la doctrina, no hay un único contrato atípico con causa mixta ‘... sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquel, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios

⁴⁴ Véase Moseet, Jorge. Contratos conexos. Grupos y Redes de Contratos. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina y Lorenzetti, Ricardo. Contratos, parte especial. Tomo I. 2004. Buenos Aires, Argentina.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas ...”.⁴⁵

En línea con lo anterior, lo siguiente fue expresado en sede arbitral:

“Sin embargo en este punto también ha precisado la jurisprudencia que no se debe confundir el objetivo económico que se persigue con la operación en su conjunto, con la causa de cada contrato.

“Ahora bien, cuando los varios negocios se ordenan por las partes para lograr una finalidad común, los mismos se unen entre sí, de tal manera que los unos pueden influir en los otros. Sin embargo, ello no implica desconocer la existencia de diversos contratos, cada uno con sus partes que deben responder por las obligaciones que se derivan de los compromisos que asumen. Lo anterior sin desconocer que ciertamente los contratos conexos o coligados pueden imponer deberes secundarios de conducta y, en particular, el de obrar de manera tal que se pueda lograr el fin correspondiente a los contratos conexos o coligados, pero ello no permite concluir que una parte deba responder por obligaciones derivadas de otros contratos que no ha celebrado”.⁴⁶

Siendo así las cosas, esto es, que la coligación contractual se presenta cuando varios contratos, independientes en principio, son celebrados con una coincidente finalidad supra individual, resta el problema de definir cuándo y bajo qué supuestos se configura la coligación de los contratos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia también se expresó, así:

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. 5224, M.P. Silvio Trejos Bueno. Ver también, Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, Sentencia del 1 de octubre de 2014. Expediente No. 28233.

⁴⁶ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Gómez Estrada Construcciones S.A. v. Fiduciaria de Occidente S.A. Laudo del 23 de octubre de 2008. Árbitro único: Juan Pablo Cárdenas Mejía.

“En este orden de ideas, necesario es, por tanto, separar los supuestos de hecho en que el acuerdo de los interesados determina el surgimiento de un solo negocio jurídico o de varios, conectados o articulados entre sí. Para el efecto, y sin desconocer que han sido diversas las tesis que apuntan a establecer cuál ha de ser el elemento que permita hacer tal diferenciación, es del caso coincidir con el criterio mayoritario, que señala que ‘La doctrina ha propuesto varias soluciones con razón agrupadas en tres categorías, según que se funden en el elemento subjetivo (voluntad de las partes), o sobre éste integrado con un elemento objetivo (conexión económica de las prestaciones), o sobre un elemento objetivo. Descartadas las dos primeras categorías, se debe, en nuestra opinión, entre las tesis reagrupadas en la tercera, decidirse por la que recurre a la causa, más bien por que la que establece el criterio decisivo de la relación entre las diversas prestaciones. La preferencia se encuentra, en nuestra opinión, en la mayor seguridad que existe al basarse en un elemento objetivo como es, al menos para nosotros, la causa, y además en la mayor amplitud del concepto de causa, respecto al de relación entre prestaciones, el cual, por definición, se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema puede ir más allá de éstos. Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixtión o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas”.

Ahora bien, la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio. Esta última, de un lado, se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva. Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, per se, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión.

(...)

“Por consiguiente, y sin desconocer la existencia de un motivo supracontractual, esto es, un móvil que, en general, sirve de apoyo a la celebración de la operación económica, in complexu, el examen de la causa que permita establecer la pluralidad de contratos, deberá efectuarse en el interior de ellos. Se trata de comprobar si todos responden a una sola causa o a distintas, que los ligan entre sí. En la primera hipótesis, únicamente podrá reconocerse la existencia de un sólo negocio jurídico, no habiendo lugar a hablar de conexidad contractual; en la segunda, la conclusión será distinta: existen diversos contratos autónomos, pero con un vínculo relevante de dependencia, ora recíproca -interdependencia, unos con otros-, ora unilateral -unos de otros-.”⁴⁷.

En cuanto a los efectos que se presentan cuando se materializa la coligación contractual en sede arbitral se ha dicho lo siguiente:

“Las consecuencias de la coligación son variadas. Asuntos como la interpretación, la eficacia, el cumplimiento de los contratos involucrados, requieren ser examinados no de manera individual sino en su perspectiva de conexidad. Así, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato coligado, justifica la acción resolutoria del otro, la

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de septiembre de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Radicado No. 2000-00528-01. Reiterada en sentencia de 15 de noviembre de 2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicado No. 68001-31-03-001-1998-00181-02.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*ineficacia de uno podría determinar la extinción del otro. La interpretación de uno de los contratos, requiere tener en consideración la existencia y propósito de los demás, etc."*⁴⁸

Lógica consecuencia de lo que hasta el momento se ha expuesto es que el juez, al encontrarse frente a un fenómeno de coligación contractual, deba realizar una interpretación holística y armónica del entramado contractual en su conjunto, y no únicamente del negocio jurídico particular sobre el cual debe fallar. Ciertamente, un juzgamiento enfocado únicamente en un contrato particular, ignorando el propósito final y los demás contratos que le sirvieron de causa o con los que se complementa, equivaldría a pretermitir la real intención de los contratantes a la hora de analizar el contrato.

Respecto de la interpretación contractual puede señalarse que ordinariamente resulta menester para el Juez o el Árbitro detenerse en el estudio integral de las distintas cláusulas de los varios negocios celebrados por los contratantes, sin aislar unas y otros, para buscar la teleología querida con su celebración; por este sendero, será posible, *verbi gratia*, conocer la matriz de las obligaciones, las tratativas o periodo preliminar que las originaron, así como las etapas concomitantes y subsiguientes de los negocios jurídicos para entender así la auténtica voluntad plasmada por estos, en ejercicio de la libre voluntad de disposición de sus intereses.

Es por ello que para arribar a una conclusión certera de determinada situación, como la que se presenta en este asunto, tampoco han de perderse de vista aquellas que, conforme a los artículos 1618 a 1622 del Código Civil, imponen interpretar razonadamente los contratos, pues vienen a ser pautas encaminadas a guiarlo en su ponderada labor de deducir el auténtico sentido y alcance de las estipulaciones de los convencionistas, de manera que pueda encontrar en sus antecedentes la voluntad prístina que las condujo a celebrar el negocio jurídico y a perfilar cuál fue el propósito real buscado con su celebración, en orden a lo cual igualmente habrá de estudiar en conjunto sus cláusulas, sin aislarlas, o, en

⁴⁸ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Automotora Nacional S.A. v. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. Laudo del 25 de abril de 2017. Árbitros: Guillermo Zea Fernández (Presidente), Sergio Muñoz Laverde y Fernando Pabón Santander.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

algunos casos, auscultar ese designio con apoyo en otros acuerdos jurídicos que guarden coherencia o identidad semejante.

Evidentemente, entre otros aspectos, en ocasiones es absolutamente menester examinar, amén de la pauta toral conforme a la cual *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”*, aquella que igualmente le sirve de desarrollo, esto es, la que contempla que las cláusulas de un contrato se interpretarán *“por la aplicación práctica que hayan hecho ambos contratantes, o una de las partes con la aprobación de otra”*. En efecto, en esta labor de hermenéutica, han de observarse todas aquellas expresiones de voluntad que anteladamente llevaron a las partes, en su momento, a la celebración del acuerdo, como también las manifestaciones efectuadas durante su ejecución o en el desarrollo posterior, en orden a esclarecer el comportamiento previo, coetáneo, o ulterior de las mismas, puesto que así podrá esclarecerse qué buscaban o qué propósito se propusieron al contratar.

En el punto, ha dicho la H. Corte que

“esa búsqueda -o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hemenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, ‘la letra mata, y el espíritu vivifica’”⁴⁹

Y en otra oportunidad, de la misma manera expresó:

“Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido

⁴⁹ Sentencia de 28 de febrero de 2005, expediente 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (artículo 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato(...)’⁵⁰ (negrillas fuera del texto).

Respecto de la interpretación de los contratos coligados lo primero que debe advertirse es que las reglas de interpretación de las codificaciones no consagran criterios aplicables específicamente a este fenómeno, el que, como se ha señalado, resulta extraño al contexto legislativo de los ordenamientos civil y mercantil. Sin embargo, es claro que el criterio de interpretación contextual, según el cual las cláusulas de un contrato deben interpretarse unas por otras “*dándoseles el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*” (art. 1622 del Código Civil), puede extenderse a los supuestos de redes contractuales o contratos coligados o conexos, para efectos de tener presente que los diferentes contratos, si bien individuales y autónomos, han sido celebrados en orden a un propósito común, por lo que se ha señalado que “*en lo que concierne a la hermenéutica se impone también una visión supracontractual que tenga en cuenta que los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son*

⁵⁰ Sentencias de 7 de febrero de 2008, exp.2001-06915-01 y 1 de julio de 2009, exp.2000-003010-01. M.P. William Namén Vargas.

interpretados los unos por medio de los otros y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación”⁵¹.

En consecuencia, son dos los puntos neurálgicos que resalta el Tribunal, a manera de conclusión. El primero, es la configuración misma de la coligación entre contratos, determinada por un propósito común en la celebración de todos ellos, a pesar de su independencia estructural, marcado aquel, en particular, por la finalidad económica del negocio perseguido y por las relaciones de dependencia que se derivan entre los diferentes contratos. El segundo, es el efecto que debe producir en el juez la figura de la coligación, específicamente en el campo hermenéutico, pues se espera que el juzgador considere la intención conjunta que configura la causa común de los contratos, así como sus relaciones de dependencia, a la hora de realizar la labor de interpretación de los contratos sometidos a su escrutinio.

2.1.5. El esquema de financiación *Project Finance*

Tomando como punto de partida lo que hasta el momento se ha expuesto, el Tribunal estima conveniente efectuar un análisis de las generalidades del modelo de financiamiento conocido como *Project Finance*, con el propósito de examinar, con suficientes elementos de juicio, el contenido del AMI, el Contrato de Transporte Bicentenario y el Otrosí No. 2.

De modo general, la expresión *Project Finance* hace referencia a un modelo de financiamiento para la realización de proyectos de gran envergadura.⁵² El

⁵¹ Esborraz, David Fabio. “El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla *res inter alios acta*”, Revista de Derecho Privado UNAM, Edición especial, 2012, pág. 144 (consultada en línea).

⁵² Respecto del origen del modelo, los profesores Edgardo Mercado Neumann y Flavia Abusada Chegade han sostenido lo siguiente:

“El Project Finance es una institución proveniente del derecho privado. Sus orígenes pueden situarse en el Derecho Mercantil, específicamente en el comercio marítimo si es que queremos retroceder hasta el derecho romano y a la figura denominada “fenus nauticum”, consistente en préstamos de altos riesgos asumidos por el acreedor a cambio de elevados intereses, que el comerciante se obligaba a cancelar, junto con el capital y las ganancias de la operación de tráfico marítimo, pero supeditado a que dichas ganancias efectivamente existieran.

“Otros consideran que la primera operación de Project Finance se realizó en un préstamo otorgado por la Corona inglesa a los Frescobaldi en el siglo XIII, a fin de viabilizar la explotación de una mina

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

profesor Ignacio M. de la Riva ha señalado que “[a] través de la técnica del *Project Finance*, el financiamiento para llevar adelante la ejecución de un determinado proyecto con recursos provenientes del mercado de capitales se procura a partir de la garantía que ofrece el flujo de fondos generado por el propio proyecto, y sin comprometer, por tanto, el balance de las empresas promotoras de la iniciativa. De esta manera, el respaldo de que el dinero proporcionado por quienes financian la obra será retribuido queda circunscrito a los ingresos que ha de producir la futura explotación del establecimiento, en virtud de lo cual el flujo de fondos consiguiente se encontrará estrictamente afectado al repago de dicho financiamiento”.⁵³

En efecto, el *Project Finance* es uno de los métodos más utilizados para la ejecución de grandes proyectos, donde confluye la participación de diferentes intereses privados, conjuntamente orientados a un mismo propósito común: la cabal ejecución y explotación del proyecto, de tal suerte que su desarrollo reporte un beneficio como contraprestación a la inversión realizada.⁵⁴

La doctrina ha afirmado que el *Project Finance* se caracteriza por tres elementos esenciales, a saber: (i) que el endeudamiento se encuentra directamente vinculado con los activos y el potencial de flujo efectivo de las empresas; (ii) que los compromisos que son adquiridos por los diferentes intervinientes son importantes elementos del apoyo crediticio; y (iii) que la deuda propia del proyecto se diferencia de las obligaciones directas de la matriz.⁵⁵

de plata; o, en los fondos habilitados por las compañías holandesas a expedicionarios para financiar viajes comerciales al Asia a cambio de una cuota de participación en las ganancias.

“No es sin embargo, hasta finales del siglo XX que esta figura se desarrolla a plenitud con todos los caracteres que hoy se le conocen, es decir, como un complejo y sofisticado mecanismo que permite financiar cierto tipo de proyectos de alto costo y largo aliento, con riesgos hasta cierto punto impredecibles que necesitan ser compartidos o trasladados.”

Mercado, Eduardo. Abusada, Flavia. La Asociación Público Privada y el Nuevo Hogar del *Project Finance*. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, Perú.

⁵³ De la Riva, Ignacio. Nuevos Modelos de Financiación de Infraestructuras Públicas. Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 17. Universidad Externado de Colombia. 2017. Bogotá, Colombia.

⁵⁴ Arias, Ligia. Perspectiva Legal de la Financiación de Proyectos “*Project Finance*” y el manejo del riesgo. Revista de Derecho Privado. No. 23. Universidad Externado de Colombia. 2012. Bogotá, Colombia.

⁵⁵ Pinzón, David. La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en el *Project Finance*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad del Rosario. 2015. Bogotá, Colombia.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Cuando se estructura la financiación de un proyecto de construcción con fundamento en la modalidad *Project Finance* se advierte, en primer término, que el flujo de caja que se genere de la obra resultante es la fuente de recuperación básica de los recursos invertidos y, en segundo lugar, que esta modalidad de financiación implica el establecimiento de una estructura contractual que conduzca a la creación de una persona jurídica que se convierta en el centro de imputación de los activos y pasivos del proyecto (una *special purpose vehicle* o *svp*). En efecto, para efectos de conseguir la financiación del proyecto, el *Project Finance* implica la constitución de una sociedad, a la que se encomienda la misión de ejecutar las obras necesarias, con los recursos obtenidos para el efecto, para que esta pague posteriormente a quienes invirtieron en el mismo, mediante las rentas que sean producto de la puesta en marcha del proyecto.

Por lo anterior, “[n]o resulta difícil advertir que el esquema expuesto redundaría en la inevitable asociación de quienes financian la realización del proyecto, cuyo éxito o fracaso determinará el grado de recuperación de los fondos por ellos invertidos. De este modo, si se diera el caso de que el flujo de fondos provenientes de la explotación no resultara el esperado, los aportantes de dicho financiamiento verían frustrada su expectativa de recuperar los fondos prestados y obtener una ganancia.”⁵⁶

En relación con el modelo de financiación *Project Finance*, la justicia arbitral se ha pronunciado destacando que en dicha estructura se establecen variados incentivos para vincular recursos provenientes de diversos actores, y en la que es característico que los financiadores tendrán como garantía principal los flujos de caja del proyecto:

“En principio, el Project Finance es un sistema en virtud del cual el sector privado financia el proyecto sin garantía alguna del Estado, partiendo del principio que la cobertura de los costos del proyecto — costos de funcionamiento y servicio de deuda, es decir, devolución de capital y pago de intereses — ha de basarse en el margen bruto de autofinanciación o Cash-flow generado por el propio proyecto,

⁵⁶ De la Riva, Ignacio. Nuevos Modelos de Financiación de Infraestructuras Públicas. Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 17. Universidad Externado de Colombia. 2017. Bogotá, Colombia.

recayendo la garantía sobre los activos del mismo y no sobre los del concesionario, quien por otra parte no gozará de avales o garantías estatales (...) El flujo de caja del propio proyecto tiene que ser suficiente para generar los recursos necesarios para hacer frente a los gastos de inversión y explotación, costos financieros, impuestos, pago de la deuda, permitiendo así mismo que el concesionario obtenga un razonable margen de utilidad, medido en el tiempo por la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto.”⁵⁷ (destacado fuera del texto original)

Por supuesto, la estructuración de un proyecto bajo esta modalidad de financiamiento lleva, de suyo, la participación de una pluralidad de actores, dados a la tarea de ejecutar y explotar el proyecto. Lógicamente, la articulación de los intervinientes en el proyecto ha de realizarse mediante la celebración de diversos contratos, vinculados armónicamente unos con otros.⁵⁸

2.1.6. El contrato de transporte de hidrocarburos en la modalidad “ship or pay”

Como quiera que tanto CECSA como OBC manifestaron posiciones encontradas respecto de la naturaleza de la tarifa “*ship or pay*” pactada en el Contrato de Transporte Bicentenario celebrado el 20 de junio de 2012, el Tribunal estima de suma relevancia, en primer lugar, realizar algunos planteamientos sobre las generalidades de esta modalidad de tarifa en el transporte de hidrocarburos, para luego proceder al análisis de las posiciones planteadas por las partes.

Como ya se ha señalado, en relación con los contratos de transporte de crudo, la normatividad colombiana admite que las partes celebren el contrato de transporte utilizando diversas modalidades. Con este fundamento, puede señalarse que nuestro ordenamiento jurídico reconoce un amplio margen de diseño contractual, por lo que no cabe duda de la procedencia de pactar una tarifa “*ship or pay*” para el contrato de transporte de hidrocarburos.

⁵⁷ Tribunal de Arbitramento. Concesionaria Vial de los Andes (COVIANDES) vs. INVÍAS. Laudo del 25 de agosto de 2004.

⁵⁸ Mairal, Hector. Los Riesgos en la Financiación Privada de Proyectos Públicos. Círculo de Derecho Administrativo. 2013.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Según indica la doctrina, la modalidad “ship or pay” en el contrato de transporte, resulta equivalente a la modalidad de pago “take or Pay” en contratos de suministro o compraventa, generalmente de gas⁵⁹. Por lo anterior se advierte que, para efectos de nuestro análisis, ambas categorías serán tratadas indistintamente.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que “[l]as cláusulas Take-or-pay son un factor común entre las compraventas de gas y gas natural licuado, compraventas de energía y compraventas en muchas otras industrias del sector energético, y le proporcionan una opción al comprador de tomar el gas, el gas natural licuado o la energía, o pagar por ellos, de cualquier forma. Similarmente, las cláusulas ‘send-or-pay’ (también conocidas como ‘ship-or-pay’) son comúnmente encontradas en los contratos del sector de transporte de energía, y en los acuerdos de capacidad contratada. Estas otorgan al remitente [el derecho] de usar el servicio de transporte en los términos del contrato o no, teniendo que pagar por el mismo, de cualquier forma”.⁶⁰

Esencialmente, la modalidad “ship or pay” (o bien, “take or pay”) consiste en un acuerdo celebrado entre un demandante y un oferente de un servicio o producto, mediante el cual el primero se obliga con el segundo a pagar una suma de dinero por la disponibilidad de cierta cantidad periódica del producto o servicio ofrecido, con independencia de que el producto o servicio sea efectivamente solicitado o demandado.⁶¹

Respecto de esta particular modalidad contractual, en sede arbitral se ha señalado lo siguiente:

⁵⁹ Ver Raynaud, Alain-Pierre. Syed, David. Take-or-Pay Financing in Manufacturing Projects. International Financial Law Review. 1990.

⁶⁰ Traducción libre. Texto original: Holland, Ben. Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts – Resolved. Journal of Energy & Natural Resources Law. Routledge. Taylor & Francis Group. 2016.

“Take-or-pay provisions are a very familiar feature in gas and liquefied natural gas (LNG) sales contracts, power purchase contracts and many other common energy industry contracts, and provide an option for the buyer to take supply of gas, LNG or power, or to pay for it anyway. Similarly, ‘send-or-pay’ (otherwise known as ‘ship-or-pay’) provisions are commonly found in energy sector transportation contracts and capacity reservation agreements. They provide an option for the shipper to either use the transportation service to which the contract relates, or pay for it anyway.” (pg.2).

⁶¹ Masten, Scott. Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas. The American Economic Review, Vol. 75. 1985.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*“El uso de estas cláusulas es usual en el derecho comparado y en términos generales consiste en un acuerdo entre contratante y contratista en el cual aquel se obliga a cumplir con su obligación independientemente de si se presta o no se presta el servicio o se hace o no entrega del bien, con lo cual se remunera a título de ejemplo la disponibilidad de los equipos, la capacidad instalada, etc. La finalidad de esta cláusula es proteger al contratista de recibir el valor o la prestación pactada, aún en el caso que el contratante no haga uso del bien o servicio (...)”.*⁶²

Además de proporcionar una adecuada idea del funcionamiento de la modalidad “*ship or pay*”, el precedente arbitral antes reseñado logra dilucidar una de las más importantes características de este tipo de tarifa: no se trata de una simple contraprestación ligada a un producto o servicio particular, sino que consta de un pago que comprende varios componentes.

En efecto, la noción que se ha expresado respecto de la modalidad “*ship or pay*” resulta incomprensible desde una perspectiva aislada, pues carece de lógica económica pagar por la totalidad de un servicio de transporte que, en últimas, puede no ser utilizado. Así pues, se hace necesario comprender más a fondo los verdaderos propósitos de la modalidad “*ship or pay*”.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano no contempla una definición expresa de esta modalidad de tarifa, particularmente para el contrato de transporte de crudo, sí existen algunas referencias normativas al respecto en materia de transporte y distribución de gas que resultan bastante ilustrativas. Por lo anterior, se realizarán algunas apreciaciones al respecto, con el fin de realizar una adecuada conceptualización de esta modalidad.

Este tipo de tarifas, bastante frecuentes en el derecho comparado, generalmente se implementan en el marco de contratos de ejecución sucesiva a largo plazo

⁶² Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S. v. Consorcio Minero del Cesar S.A.S. y Masering S.A.S., Construcciones El Cóndor S.A. y S.P. Ingenieros S.A.S. Integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, y CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. Laudo del 26 de mayo de 2016.

(contratos de duración). Así ocurre, por ejemplo, con el suministro de gas en varios países europeos, donde los contratos entre compradores y vendedores se celebran con duraciones bastante prolongadas, originando obligaciones definidas para cada parte. Puntualmente, las cláusulas “take or pay”, en tal escenario, imponen la obligación al comprador de pagar por una determinada cantidad de gas, sea éste consumido o no, y obliga al vendedor a tener disponible una determinada cantidad del producto para el comprador. Así, se radica en cabeza del comprador la opción de recibir el gas o no. De cualquier forma, debe pagar por él.⁶³

En Colombia, de manera similar al esquema que se planteó anteriormente, la modalidad de pago “take or pay” ha sido desarrollada en materia de suministro de gas. En efecto, el artículo 2 de la Resolución 070 de 20016 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante, “CREG”), mediante el que se modificó el artículo 1 de la Resolución CREG 023 de 2003, establece lo siguiente (Subrayado y resaltado por el Tribunal):

“CONTRATO PAGUE LO CONTRATADO O “TAKE OR PAY”. Contrato bilateral, escrito y a término, en el cual el comprador se compromete a pagar un porcentaje (% de ToP) del gas contratado, **independientemente de que éste sea consumido.** El vendedor se compromete a tener a disposición del comprador el 100% de la cantidad contratada.

“El precio del gas por todo concepto que se establezca para esta modalidad contractual, deberá estar relacionado de manera inversa al Porcentaje de Take or Pay (% de ToP), o cantidad de gas que se comprometa, independiente del consumo. En esta modalidad contractual se ofrece un Servicio de Suministro en Firme o que Garantiza Firmeza.

“El comprador tendrá el derecho a utilizar el gas pagado y no tomado, durante los doce (12) meses siguientes al pago del gas no

⁶³ Ver Creti, Anna. Villeneuve, Bertrand. Long-Term Contracts and Take-or-Pay Clauses in Natural Gas Markets. University of Toulouse (CEA, IDEI and LEERNA). 2003.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

tomado, en el Punto de Entrega definido contractualmente. Para el efecto, el vendedor podrá cubrir la obligación de entrega con gas propio o con gas proveniente de terceros, asumiendo en todo caso el costo del transporte adicional que se requiera.

“Parágrafo 1. *Las obligaciones de tomar o pagar el gas por parte del comprador, en un Contrato “Take or Pay”, se liquidarán sobre una base mensual de cantidades promedio diarias.*

“Parágrafo 2. *En la modalidad contractual Pague lo Contratado o Take or Pay con suministro proveniente de campos cuyo precio en boca de pozo se encuentre regulado, el precio acordado deberá ser menor o igual que el Precio Máximo Regulado de que trata la Resolución CREG 119 de 2005 o aquellas que la sustituyan, modifiquen o aclaren”.⁶⁴*

Nuevamente, debe resaltar el Tribunal que la modalidad “ship or pay” únicamente adquiere sentido cuando se la analiza de manera contextualizada, a efectos de determinar su verdadero propósito. Generalmente, este tipo de cláusulas son pactadas teniendo en cuenta que con ellas el vendedor asegura un constante flujo de dinero, con independencia de las fluctuaciones y variaciones en la demanda del servicio ofrecido.

Esto adquiere particular sentido cuando para la prestación del servicio, o para la consecución del producto que se desea ofrecer se haya requerido de una gran inversión en alguna obra o proyecto. Así, la tarifa tiene como propósito, entre otras finalidades, recuperar las inversiones realizadas para la ejecución dicha obra, y cubrir las obligaciones que hubieren sido asumidas para su construcción.⁶⁵

En sede arbitral, sobre el particular, se ha señalado lo siguiente (subraya y resalta el Tribunal):

⁶⁴ Resolución CREG 070 de 2006. Artículo 2.

⁶⁵ Ferrario, Pietro. The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators. International Arbitration Law Library. Kluwer Law International, Vol. 41. 2017.

“A lo largo del proceso en diversas ocasiones se debatió sobre el concepto del take or pay en el contrato suscrito entre las partes.

“La figura del contrato “take or pay” (“toma o paga”) o “take and pay” (“toma y paga”) no se halla regulada en nuestro sistema legal; **se trata de una modalidad contractual muy utilizada en la construcción de infraestructura que implica grandes inversiones, cuyo retorno puede enfrentar riesgos derivados de poca utilización de la misma, como es el caso de los contratos de transporte de gas o petróleo, en los cuales el transportador hace toda la inversión para garantizar la construcción o expansión del sistema, pero no puede depender simplemente del uso de dicha infraestructura por parte de quienes manifestaron su interés en la misma, entre otras cosas, porque el riesgo de suministro de gas o petróleo es por lo general del remitente y no del transportador;** por esta razón, este tipo de contratos se caracterizan por ser de largo plazo y además conllevan cláusulas donde quien es el remitente (usuario) del tubo, se obligará “take or pay” es decir “lo use o no”, **para de este modo garantizar la recuperación de la inversión del transportador (o del constructor de la infraestructura), hecha sobre la base de las necesidades del remitente.** Este tipo de tarifas en Colombia se hallan reguladas para el transporte de los citados hidrocarburos, y tienen un componente fijo, que en cualquier caso remunera la inversión, y un componente variable, que remunera el uso de la infraestructura.

“(…)”

“Como puede observarse, la modalidad take or pay está asociada a contratos de construcción de cierto tipo de infraestructura, en orden a garantizar la recuperación de la inversión, independientemente del uso que se haga de dicha infraestructura por el usuario en cuestión.”⁶⁶

⁶⁶ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S. v. Consorcio Minero del Cesar S.A.S. y Masering S.A.S., Construcciones El Cóndor S.A. y S.P. Ingenieros S.A.S. Integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, y CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. Laudo del 26 de mayo de 2016.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

De lo anterior se colige, con suficiente claridad, que la modalidad “take or pay” (o bien, “ship or pay”), tiene como propósito asegurar el pago de un determinado nivel de consumo de un producto o servicio, sobre la base de que para la realización de la oferta respectiva se haya requerido de una significativa inversión por parte del oferente, y de otros intervinientes. Así las cosas, la tarifa corresponde no solo a una contraprestación directa del producto o servicio que se contrata, sino a una serie de elementos adicionales, orientados a la recuperación de la inversión y/o al servicio de la deuda adquirida para el desarrollo del proyecto. Así pues, adquiere sentido el hecho de que quien contrate el producto o servicio esté obligado a pagar siempre la tarifa, con independencia de que éste sea recibido o prestado.

Y es que, con cierta frecuencia, los contratos celebrados en la modalidad “take or pay”, encuentran su causa o antecedente en otros contratos celebrados entre las mismas partes. Así, por ejemplo, en el precedente arbitral que resolvió la controversia suscitada entre la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., como convocante, y la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P., como convocadas, se analiza dicha circunstancia. Mediante Laudo arbitral del 5 de julio de 2012 se señaló lo siguiente:

“Con esta perspectiva, adhiere el Tribunal a lo dicho en el Laudo proferido el 24 de octubre año 2004 en el sentido de entender que la relación contractual existente entre la EBSA y CES, la cual se formalizó con la suscripción del contrato No. 94.016 de cuatro (4) de marzo de 1994, corresponde a un contrato de compraventa de energía a largo plazo, el cual fue convenido como un acuerdo de colaboración que atiende a los postulados propios del esquema BOOM -como especie del género APP- y que en materia de financiamiento fue estructurado según el esquema de “Project Finance”.

“De manera concreta, según se expuso párrafos atrás, varias estipulaciones del contrato bajo análisis son claras y consecuentes en señalar que CES se obligaba a garantizar la financiación, el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento de la planta térmica de generación de energía con combustible autóctono, denominada

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Paipa IV, compromiso contractual que claramente se enmarca bajo el esquema que ha sido dispuesto técnica y financieramente para el desarrollo de proyectos de infraestructura denominado BOOM, advirtiendo igualmente que con fundamento en dicho sistema, el patrocinador conservaría la propiedad de la planta al finalizar el contrato.

“Por su parte, recordando que un plazo extenso y la contemplación de tarifas fijas son puntos de coincidencia directa entre el BOOM y el “Project Finance”, al constituir elementos esenciales de los mismos, se recuerda que tratándose del término del acuerdo para la Compra en Firme de Energía, las partes pactaron una duración de 20 años contados a partir del inicio de operación de la planta, la cual tuvo lugar en enero de 1999 (...). Cabe resaltar que este lapso fue estipulado precisamente para que el particular contratista pudiera recuperar sus inversiones y lograr un rédito, toda vez que percibiría en dicho transcurso una tarifa fija garantizada desde el inicio.

“(…)

“De esta manera, teniendo claridad en cuanto a los dos tipos de tarifa fijadas en el marco del contrato, es menester recabar en que la tarifa por disponibilidad de potencia -take or pay- correspondía al precio con el cual debían cubrirse los gastos del contrato y, además, lograrse la recuperación de la inversión. De ahí la importancia para que la misma fuera fija y en principio no reajutable, pues era con base en ella que se proyectaba el flujo de caja futuro del contrato y que se convertía en condición de seguridad para los inversionistas y los bancos prestamistas que confiaron en el proyecto.

“En estos términos, la tarifa pactada como fija, firme y en principio no reajutable, se erigía como condición de seguridad en el esquema de financiamiento aplicado al contrato, toda vez que dicho aspecto constituía el insumo esencial para lograr que el flujo de caja del contrato fuera estable y constante, de conformidad con las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

exigencias inherentes al "Project Finance", cuya finalidad última no era otra distinta que tener '... confianza en los flujos de efectivo futuros procedentes de un proyecto como los principales medios para el pago de su financiación' [Cfr. TINSEY, Richard: Ob. Cit., pp. 2]."⁶⁷

Finalmente, debe tenerse presente que para la construcción de una compleja obra de infraestructura como lo es un oleoducto, por supuesto, es frecuente, cuando no indispensable, que la sociedad encargada de la construcción deba recurrir al mercado financiero para la obtención de los recursos necesarios para tal fin. En ese escenario, tal y como se ha analizado en sede arbitral, es normal que la sociedad no solo se encargue de la gestión para la construcción de la infraestructura, sino que además deba operar el sistema una vez esté construido, de tal suerte que sea posible para los prestamistas la recuperación de los fondos invertidos. Al respecto se ha señalado en sede arbitral lo siguiente:

"En segundo lugar, para entender en su perspectiva contractual el sistema, resulta necesario diferenciar claramente, de un lado, la retribución acordada para el inversionista constructor, y del otro, la financiación en sí misma del costo de la instalación de la infraestructura vinculada al servicio, aspectos que no admiten ser mezclados como si se tratara de algo indistinto. Lo que acontece en último análisis es que esa financiación, requerida por el proyecto, no es realizada por el constructor ni tampoco por la entidad pública contratante, sino por el mercado de capitales que es donde dicho inversionista ha de obtener el apoyo de crédito que le permita anticipar los recursos indispensables para el señalado propósito; se utilizan en consecuencia, esquemas financieros de prolongada proyección en el tiempo que, por definición, exigen que el empresario privado así financiado no se ocupe únicamente de la construcción de la infraestructura sino que, además, tenga a su cargo su gestión o explotación por un período lo suficientemente

⁶⁷ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. v. Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P. Laudo del 5 de julio de 2012. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss (presidente), María Cristina Morales de Barrios y Germán Gómez Burgos.

amplio para permitirle a los prestamistas acreedores la recuperación de los fondos facilitados.

“Y por último, secuela de lo anterior es que el sistema en mención sea estructurado de manera tal que el financiamiento obtenido por el contratista, tenga fuente segura de repago oportuno y completo en los ingresos provenientes de la operación de la obra o instalación luego de terminada y puesta en servicio, momento este a partir del cual se supone ha de quedar en condiciones de funcionar en forma rentable, como unidad económica independiente”⁶⁸.

En suma, a efectos de establecer el marco para el análisis de las particularidades del Contrato de Transporte Bicentenario celebrado entre CECSA y OBC, el Otrosí No. 2 y el Acuerdo Marco de Inversión, resulta claro que la tarifa “ship or pay”, entendida en el ámbito contractual que establecen tales negocios jurídicos, no se circunscribe simplemente a la contraprestación por la prestación del servicio de transporte. Por el contrario, la experiencia en el derecho comparado, así como en el ordenamiento jurídico nacional, enseñan que dicha modalidad se implementa usualmente con el propósito de recuperar la inversión o para la atención de la financiación que se han efectuado o contratado para la realización de un proyecto.

2.1.7. Conclusión sobre el Contrato de Transporte Bicentenario. Pretensión primera principal de la demanda.

En el contexto de lo anteriormente analizado, concluye el Tribunal que el Contrato de Transporte Bicentenario, celebrado entre las partes el 20 de junio de 2012, tuvo como propósito que el remitente, esto es, CECSA, adquiriera el derecho de transportar una determinada capacidad de crudo por el Oleoducto Bicentenario, a cambio de una tarifa previamente convenida, que, en general, debía pagarse a OBC en la modalidad “ship or pay”.

⁶⁸ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Empresa de energía de Boyacá S.A. E.S.P. v. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. Laudo del 21 de octubre de 2004. Árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Pp. 34.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Advierte el Tribunal que la celebración del Contrato de Transporte Bicentenario de 20 de junio de 2012 no puede desligarse, para efectos de su adecuada interpretación, del AML, y debe entenderse, también, con las reformas que le fueron introducidas mediante diversos instrumentos contractuales, dentro de los cuales tuvo particular importancia el Otrosí No. 2 del 28 de marzo de 2014.

Igualmente, resulta relevante señalar que los mencionados negocios jurídicos deben considerarse como “contratos coligados”, en la medida en que si bien se trata de contratos independientes, es evidente que entre ellos existe una relación o vinculación que se determina por su propósito común, así como diversas relaciones de interdependencia. Asimismo, y desde la óptica de la operación económica instrumentada mediante los negocios a que se ha hecho referencia, no puede perderse de vista que el Oleoducto Bicentenario se desarrolló mediante la técnica financiera conocida como *Project Finance*, de la que resulta relevante destacar que los flujos de recursos de los promotores del proyecto resultan indispensables para una adecuada atención de las obligaciones contraídas para la financiación de la respectiva operación.⁶⁹

La citada coligación o vinculación contractual también se extiende a los contratos de financiación (el “crédito sindicado” y sus modificaciones) o a los contratos de transporte celebrados con CENIT, pues resulta evidente la dependencia recíproca que también existía con estos negocios jurídicos, pero respecto de los cuales el Tribunal estima que no resulta indispensable realizar una profundización particular, dado el contexto que le dan a la presente decisión las pretensiones de la convocante y las defensas de la demandada.

En el contexto específico antes mencionado, el Tribunal dará prosperidad a la primera pretensión principal de la demanda presentada por la convocante, que es del siguiente tenor:

“Primera: Que se declare que entre Canacol Energy Colombia S.A. (en adelante CECSA) y Oleoducto Bicentenario de Colombia S.A.S. (en adelante OBC), se celebró un Contrato de Transporte de hidrocarburos líquidos por el

⁶⁹ Al respecto resulta relevante el análisis realizado sobre el particular en el dictamen pericial elaborado por Desarrollo Empresarial, que obra a folios 1 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 8.

Oleoducto Bicentenario el día 20 de junio de 2012, en virtud del cual CECSA adquirió el derecho a transportar por dicho oleoducto la cantidad de quinientos cincuenta (550) barriles de petróleo por día como capacidad contratada en firme, a cambio del pago de una tarifa de transporte bajo la modalidad “transporte o pague” (“Ship or Pay”).

2.2. Las pretensiones de resolución o cumplimiento planteadas por la convocante.

2.2.1. La pretensión resolutoria de la convocante.

En el acápite de pretensiones principales de la demanda incoada por la convocante, se incorporaron las siguientes peticiones:

“SEGUNDO. Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por no haber prestado el servicio de transporte en la forma y tiempo debidos, alegando eventos justificados sin demostrarlos en debida forma e incumpliendo el protocolo previsto en el Contrato para dichos eventos

“TERCERO. Que se declare que en los casos en que CECSA ha pagado a OBC la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) bajo el contrato de transporte fecha 20 de junio de 2012, sin haber podido disfrutar del servicio de transporte en la forma y tiempos debidos como consecuencia de eventos justificados alegados por OBC o por otros hechos no imputables a CECSA, este último tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente una vez cese el evento excusable que impidió temporalmente el transporte.

“CUARTO. Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por negarse a prestar el servicio de transporte correspondiente a la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) pagada por el servicio que no pudo ser disfrutado en el tiempo y modo debidos.

“QUINTO. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se declare resuelto el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 entre OBC y CECSA”.*

“SEXTO. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a OBC a pagar a CECSA la suma de siete mil cuatrocientos veinte millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil seiscientos sesenta y ocho pesos, y diez centavos (COP\$7.420.484.668,10), equivalente a la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) pagada por CECSA a OBC sin haber podido transportar el hidrocarburo equivalente a dicho pago entre noviembre de 2013 y enero de 2017. Dicha suma se actualizará desde las fechas de pago y hasta fecha del Laudo y, en adelante, causarán intereses moratorios a la tasa máxima prevista por la Ley.*

“SEPTIMO. *Que se condene a OBC al pago de todos los demás perjuicios sufridos por CECSA como consecuencia de sus incumplimientos, que sean demostrados en el proceso.*

2.2.1.1 Posiciones de las partes

a. Posición de la convocante

En el escrito de alegaciones finales la convocante sostuvo que el reiterado incumplimiento contractual de OBC reviste de la suficiente entidad para que se acceda a resolver el Contrato de Transporte Bicentenario. Puntualmente, la convocante manifestó que la demandada, “[h]abiendo alegado más de 100 eventos de fuerza mayor y eventos justificados para eximirse de responsabilidad, tenía la obligación legal y contractual de demostrarlos con el rigor probatorio que demanda la Ley, entregando todos los detalles que los soporte a la Convocada conforme al contrato. Pero no probó ni uno solo de los eventos justificados alegados con pruebas rigurosas sobre la causa de los eventos justificados alegados, su duración exacta, la diligencia empleada para superarlos y medidas de mitigación. Tampoco entregó los detalles. Conforme a la jurisprudencia el Juzgador debe valorar la situación de hecho y, en este caso debe exigir el

estándar más alto posible habida cuenta de la posición dominante de la Convocada con su matriz y de la cantidad de intereses cruzados de la matriz de la Convocada que resulta se beneficiaria de los eventos alegados”.

En tal sentido, la convocante arribó a la siguiente conclusión:

“Los incumplimientos son tan graves y reiterados que sin asomo de duda revisten la gravedad para que se declare la resolución del contrato y se condene a restituir lo pagado por el servicio no disfrutado. No se trata de un incumplimiento menor sino de un incumplimiento que abarca una porción muy importante de las obligaciones de la Convocada a todo lo largo de la ejecución del contrato”.

b. Posición de la convocada

La convocada, por su parte, expresó que en el ordenamiento jurídico colombiano, quien demande la resolución de un contrato debe demostrar tres condiciones para la prosperidad de su pretensión. Estas son, según la convocada, (i) la ausencia de culpa del acreedor; (ii) la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación a su cargo y; (iii) que el incumplimiento sea de tal magnitud que justifique la resolución del contrato.

Respecto de las reseñadas exigencias, la convocada expresó lo siguiente en su escrito de alegatos de conclusión:

*“En este caso no se cumplen, ni por asomo, dichas condiciones, porque: (i) **CECSA** incurrió en culpa al no haberse pronunciado en contra de las manifestaciones y la información suministrada por **OBC** en relación con los Eventos Justificados; (ii) **OBC** no incumplió sus obligaciones previstas en la Cláusula 8.03 del Contrato ni ninguna otra obligación del Contrato; y, por último (iii) **OBC** no incumplió su obligación de información frente a la ocurrencia de Eventos Justificados, e incluso si lo hubiera hecho, tal incumplimiento no es suficientemente grave ni tiene la entidad suficiente para dar lugar a la resolución del Contrato”.*

Puntualmente sobre el último de los puntos referidos con anterioridad, la convocada afirmó que, considerando el principio de preservación de los contratos, es necesario que el incumplimiento reclamado afecte la función misma del contrato para que pueda haber lugar a su resolución, situación que, a juicio de la convocada, no ocurre en este caso.

2.2.1.2. La resolución contractual.

a. Consideraciones generales y requisitos de la acción resolutoria

Examinados los antecedentes que se dejan expuestos, en particular las pretensiones y los supuestos fácticos invocados por la sociedad convocante, puede inferir el Tribunal que en este asunto se ejerce, principalmente, la acción de resolución del contrato celebrado entre las partes el 20 de junio de 2012, con las consecuentes declaraciones y condenas, y, subsidiariamente, según adelante se analizará, el cumplimiento de ese mismo acuerdo negocial, también con las consiguientes súplicas declarativas y de condena, una y otra acciones con apoyo en la desatención de las respectivas prestaciones a cargo de la parte convocada.

Para el Tribunal es claro que la cuestión sometida a estudio se ampara en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Contempla la primera de estas disposiciones:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

“Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

El segundo prevé: *“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios."

Se observa, entonces, que el ordenamiento jurídico confiere a quien ha cumplido o estado dispuesto a cumplir el contrato la posibilidad de solicitar a la administración de justicia que decrete su terminación, y, en cuanto sea factible, que se le restituya a la situación anterior a su celebración, en aquellos casos en los que el otro contratante no haya atendido sus compromisos y su incumplimiento tenga la entidad suficiente para adoptar una determinación de tal envergadura.

De conformidad con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y doctrina han dicho, de manera reiterada y uniforme, que para la prosperidad de la acción resolutoria derivada del incumplimiento por parte de uno de los convencionistas, respecto de un contrato bilateral, es menester la cabal convergencia de los siguientes presupuestos:

- i) La existencia de un contrato bilateral válido.
- ii) El ejercicio de la acción por parte de quien haya cumplido con sus obligaciones o se haya allanado a cumplirlas; y,
- iii) El incumplimiento de las obligaciones a cargo del otro contratante.

Y, por supuesto, para la imposición de la correspondiente indemnización de perjuicios, ha de estarse en presencia de un daño, amén de la pertinente relación de causalidad entre la existencia del desmedro patrimonial o, en su caso, extrapatrimonial, y el comportamiento de quien faltó a sus correlativas prestaciones.

Sobre el primero de tales requisitos, es obvio que le corresponderá al fallador, ante todo, entrar a examinar la validez o invalidez del contrato que se aspira examinar, desde luego que si ese acuerdo es el aducido como sustento de las obligaciones sobre las cuales se comprometió el deudor, ha de salir avante del examen que en ese sentido se efectúe.

En lo tocante con el segundo presupuesto, no hay discusión alguna en cuanto a que la acción alternativa que concede el precepto en mención, de resolución o

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

cumplimiento, es únicamente para el contratante cumplido, o que ha estado presto a hacerlo respecto de las obligaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos.

Y, desde luego, esta acción sólo se puede incoar ante quien de manera injustificada no satisface los compromisos a su cargo.

La Corte Suprema de justicia, tras relatar los antecedentes históricos de esta acción, en este sentido aseveró:

“10. Reseñados los antecedentes históricos y los fundamentos. de la condición resolutoria tácita, se tiene que con arreglo a lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, cuando en un contrato bilateral una de las partes se halle en mora de cumplir con las obligaciones de su cargo, el otro contratante que ha cumplido con las suyas o que ha estado presto a cumplirlas, tiene la prerrogativa de solicitar, a su arbitrio, cualquiera de estas dos acciones: la resolución del contrato 'o el cumplimiento del mismo, en uno y otro evento con indemnización de perjuicios. No queda la menor duda que el ofrecimiento alternativo que hace la ley al acreedor de una de las dos acciones enunciadas, solo se lo hace al contratante cumplido, lo cual se infiere desde el propio origen o antecedente histórico de la institución de la condición resolutoria tácita y de la forma como quedó concebido el artículo 1546 del Código Civil, cuyo punto de partida, como se vio, es muy remoto y universal, puesto que .históricamente surgió como institución paralela a la lex commissoria del derecho romano.

“11. Teniendo en cuenta, no ya el antecedente histórico ni el fundamento jurídico de la condición resolutoria tácita, sino el tenor literal del artículo 1546 del Código Civil, que también es otra regla de hermenéutica de la ley, se tiene que cuando el mencionado precepto dice que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria en caso de no cumplirse "por uno de los contratantes lo pactado", "podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución, o el cumplimiento del contrato", son expresiones claras y precisas, de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

gran contenido, pues mediante ellas se afirma que el incumplimiento de "uno de los contratantes", le da derecho al "otro contratante", o sea, el diligente, para deprecar, a su talante, la resolución o el cumplimiento del contrato bilateral, Precisamente, acudiendo la Corte a la interpretación literal del artículo 1546 del Código Civil, dijo con exquisita claridad, en fallo de 9 de junio de 1971 -lo siguiente: 'Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria los cuales confirman la tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces 'podrá el otro contratante' (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se ~e otorga o reconocen. 'Tal caso', al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanándose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas' (T. CXXX VIII, páginas 379 y 380).

"Es evidente y cierto que en materia de condición resolutoria tácita el señor Bello consultó y copió tal institución de la legislación civil francesa, pues el artículo 1546 del Código Civil Colombiano no es más que una copia, con mejor redacción, del artículo 1184 del código napoleónico, especialmente, los dos primeros incisos...

"14. El reciente Código de Comercio, en lo tocante con el régimen jurídico de los contratos y, especialmente, en materia de acción resolutoria por incumplimiento de uno de los contratantes, siguió por completo el criterio establecido en el artículo 1546 del Código Civil, pues al efecto dispone el artículo 870: "En caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorias".

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“15. Entonces, examinando de conjunto toda la legislación existente en torno a la consagración de la acción resolutoria en los contratos bilaterales, fácilmente se observa que -ella se concede al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir frente al incumplido.

“16. Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, e) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde.

“Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfananamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor”⁷⁰.

Finalmente, es menester que el contratante que resiste la pretensión resolutoria sea un contratante incumplido, esto es, aquel que se haya separado del programa contractual, en forma total o parcial, o lo haya ejecutado en forma imperfecta o defectuosa. Dada la particularidad que se exige respecto del incumplimiento como requisito de la acción resolutoria, a ella se referirá el Tribunal en el acápite siguiente.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. M.P. Ricardo Uribe-Holguín (G. J., t. CLIX, 1ª, págs. 311 a 313).

b. El incumplimiento resolutorio

La jurisprudencia y la doctrina son unívocas en pregonar, tendiente a guardar el postulado de la equidad que siempre debe orientar a los juzgadores, que, no obstante el incumplimiento de alguno de los contratantes, la solución no será en todos los casos el aniquilamiento de la convención. Cuando examinadas otras situaciones de mayor entidad del negocio realizado, tales como el resultado perseguido, la intención de las partes, la preponderancia de la utilidad esperada, etc., se evidencia que se ocasionaría un perjuicio enorme si se arrasara íntegramente el vínculo, y, de otro lado, el incumplimiento resulta inane o de menor utilidad o importancia frente a la real dimensión económica del contrato, en tales hipótesis resultará menester indagar lo ocurrido durante todos los periodos de la negociación, pues, entonces, serán las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores, aunadas a la naturaleza y trascendencia del acto o convenio, así como el propósito de los contratantes al celebrarlo, las que vendrán a definir en cada caso concreto la utilidad o inutilidad de la extinción del vínculo negocial.

En verdad, no parece razonable extinguir siempre el contrato, pese a la ocurrencia de un incumplimiento que no revista mayor gravedad, de cara a la importancia total que ostente el negocio jurídico, de suerte que, vista la dimensión de las prestaciones en contienda como la finalidad perseguida por los convencionistas, ha de atenderse el sentido común para no arrasarlo a rajatabla, o, para decirlo con palabras de la H. Corte, hay ocasiones en que se torna inviable la resolución debido a *“la irrelevancia del incumplimiento frente al interés económico del contrato”*⁷¹.

O sea, sin contrariar el sentido de la proporcionalidad, vendría a ser un despropósito que, como regla general, se acudiera a la aniquilación de la relación jurídica trabada entre los contratantes cuando, de contrastarse la desatención menor ante la importancia y los fines superiores buscados por éstos, el sentido común aconseje su conservación, si se quiere acatar el postulado según el cual el contrato válidamente celebrado es ley para las partes –artículo

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de marzo de 1997, exp. 4636.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

1602 del Código Civil-, y, en vez de ello, de ser procedente, se imponga es su cumplimiento, como alternativamente lo permite la ley.

Por tanto, estudiadas dichas circunstancias, como las que a título enunciativo se indican, en esas hipótesis no será siempre beneficioso, en caso de incumplimiento imperfecto o tardío de las correspondientes prestaciones, acudir *ad libitum* al ejercicio indiscriminado de la acción resolutoria, puesto que intereses de mayor envergadura serán los que determinen la conveniencia de preservar el negocio jurídico celebrado por los convencionistas; otro tanto puede expresarse, en aras de esclarecer si el incumplimiento es o no justificado, pues podría ocurrir que por hechos externos, e incluso debido a conductas del otro contratante, o que circunstancias imprevistas e irresistibles pudieron haber obstaculizado la atención íntegra de compromisos asumidos.

En efecto, si en el derecho común la responsabilidad civil normalmente tiene como apoyo la culpa, es posible que la ocurrencia de algunos hechos, provenientes de la naturaleza o de conducta humana, liberen al deudor pese al incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, aun cuando éste de su parte hubiese realizado todo cuanto estuvo a su alcance para cumplirlas.

En este preciso punto, en varias oportunidades se ha pronunciado la Corte:

“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el cumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra...”

“De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso sub júdice, para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del 'acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc."*⁷².

La precedente orientación jurisprudencial, ciertamente, se reiteró mediante sentencia de 7 de noviembre de 2003, de los siguientes términos:

"(...) No está por demás agregar que examinado el asunto que desde la óptica del interés económico del negocio jurídico, la jurisprudencia de la sala ha puntualizado que cuando éste ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del acreedor, no es posible '(...) el aniquilamiento de la relación material, de un lado, por quedar eliminada la idea de desistimiento, y de otro, en consideración a la irrelevancia del incumplimiento frente al interés económico del contrato (CCLXVI, 162)".

En fallo de 14 de enero de 2005, expediente 7524, se señaló que era *"menester a auscultar lo ocurrido en toda la historia de la negociación, pues circunstancias precedentes, concurrente y ulteriores sumadas a la naturaleza misma del objeto y la intención de las partes, son los que permitiría fijar en cada caso la trascendencia del defecto y su incidencia en la supervivencia de contrato"*.

En idéntico sentido, entre otras decisiones, se manifestó la Corporación el 18 de diciembre de 1999, expediente 09616.

Parecidos razonamientos caben en aquellas hipótesis en las cuales es el demandante quien pretende ejercer su derecho al cobijo del artículo 1546 del Código Civil, y cuando es precisamente el demandado quien, mediante la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 ibídem, quiera oponerse a las pretensiones deprecadas en el acto introductorio, bajo el argumento de que paralelamente aquél incumplió con sus obligaciones, o que,

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de septiembre de 1984. M.P. Humberto Murcia Ballén. G. J. t., CLXXVI, págs. 247 y 248.

dada la magnitud de los intereses que orientaron el acuerdo, no sea dable extinguirlo.

En este supuesto, procede trasladar las consideraciones atrás mencionadas, valga repetirlo, entrar a determinar y concluir si, por cuanto atendidas las circunstancias preponderantes del contrato, por ser el incumplimiento de la parte actora apenas leve o intrascendente, alcanza o no a atajar la pretensión resolutoria de la relación negocial, con las respectivas condenas. Dicho de otro modo, siempre será menester la presencia de una gravedad preponderante en el incumplimiento alegado por el demandado excepcionante, de suerte que si las prestaciones a cargo del demandante son inanes, fútiles o nimias, confrontadas con el interés u objeto económico del contrato, con la determinación de si hubo o no frustración, pérdida de las expectativas del acuerdo o, en fin, si tras sopesar estos distintos factores, en cada caso, las desatenciones de este último son insustanciales o leves porque no afectan la naturaleza esencial del negocio jurídico o la finalidad concreta buscada, no hay lugar a acoger el medio exceptivo o, en su lugar, atenderlo parcialmente, lo que equivale a decir que no enervan las súplicas deprecadas.

c. La resolución contractual frente a los contratos de ejecución sucesiva o de duración.

Ha de precisar el Tribunal, como se insinuó en precedencia, que la resolución nacida del incumplimiento autoriza, como consecuencia, según la especie de acuerdo negocial, a que las cosas materia de las respectivas prestaciones se restituyan al estado que tenían al momento de la celebración del contrato –*statu quo ante*–, o a que, contrariamente, tales efectos derivados de su extinción sólo puedan producirse hacia el futuro.

Dicha diferencia, como lo ha sostenido un sector de la doctrina, dependerá de la distinción entre contratos de ejecución instantánea y los de ejecución sucesiva o de duración por un tiempo más o menos largo, pues, atendida la naturaleza de las obligaciones, mientras en los primeros éstas pueden ejecutarse en un solo acto, en los segundos sus correspondientes prestaciones se llevan a cabo en forma continuada en el tiempo.

De ahí que tocante con los de ejecución instantánea, se afirma que los efectos de la resolución se produzcan desde entonces –*ex tunc*–, vale decir, desde la fecha de celebración del contrato, al paso que en los de ejecución sucesiva los efectos serán desde ahora –*ex nunc*–, esto es, hacia el futuro debido a que naturalmente se está frente a unos hechos ya realizados o prestaciones periódicas ya pagadas que, por lo mismo, lógicamente no podrían desaparecer.

En últimas, como igualmente lo han pregonado otros doctrinantes, será la naturaleza de las correspondientes prestaciones, antes que la clasificación de tales convenios, las que vendrán a determinar cómo debe proceder el juez frente a éstas una vez dispuesta la resolución.

Es por ello que también se asevera que aunque la resolución es un término general predicable para unos y otros contratos, específicamente en los de ejecución continuada o sucesiva, con el fin de determinar claramente tales efectos, resulte más apropiado utilizar la palabra **terminación**, distinción que parece expresar el artículo 870 del Código de Comercio transcrito.

En este preciso sentido, el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez sostiene:

“La resolución que se produce en el caso de la condición resolutoria tácita del artículo 1489, toma el nombre de terminación en los contratos de tracto sucesivo, que son aquellos que imponen a las partes obligaciones sucesivas, que suponen una serie de actos que deben ejecutarse en un tiempo más o menos largo, como sucede en el contrato de arrendamiento, para no citar otro. En estos contratos de tracto sucesivo no cabe hablar de resolución, porque allí no es posible que se produzca el efecto retroactivo de la condición resolutoria; no es posible, en el caso del arrendamiento, por ejemplo, borrar en el pasado los efectos que ya produjo, ya que la ficción de la ley no puede llegar hasta el extremo de considerar como no ejecutados, actos que se han ejecutado; no puede llegar a decir que el arrendatario jamás ha gozado de la cosa arrendada, cuando en realidad la ha gozado. En estos casos, la resolución del contrato por

incumplimiento de las obligaciones contraídas toma el nombre de terminación y el efecto que produce es destruir sus efectos para el futuro, no para el pasado. La acción resolutoria es una acción que compete exclusivamente a aquel de los contratantes que ha estado llano a cumplir el contrato, y que por lo mismo puede hacer uso del derecho que le confiere el inciso 2º del artículo 1489...”⁷³

En similares términos se ha pronunciado la jurisprudencia nacional:

“Por otra parte, es menester destacar también que, en líneas generales, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto - efectos ex tunc- , y, contrario sensu, la terminación se encuentra reservada para aquellos contratos con prestaciones de ejecución periódica, sucesiva o continuada, también llamados contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de las obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino sólo hacia el porvenir –efectos ex nunc-, o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo.”⁷⁴

2.2.2. La pretensión de cumplimiento de la convocante.

La convocante formuló las siguientes pretensiones subsidiarias:

“SEGUNDO. *Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por no haber prestado el servicio de transporte en la*

⁷³ Alessandri Rodríguez, Arturo. Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional. Pág. 213.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Rad. No. 05001-3103-016-2002-00007-01.

forma y tiempo debidos, alegando eventos justificados sin demostrarlos en debida forma e incumpliendo el protocolo previsto en el Contrato para dichos eventos.

“TERCERO. *Que se declare que en los casos en que CECSA ha pagado a OBC la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) bajo el contrato de transporte fecha 20 de junio de 2012, sin haber podido disfrutar del servicio de transporte en la forma y tiempos debidos como consecuencia de eventos justificados alegados por OBC o por otros hechos no imputables a CECSA, este último tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente una vez cese el evento excusable que impidió temporalmente el transporte.*

“CUARTO. *Que se declare que OBC incumplió el contrato de transporte por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por negarse a prestar el servicio de transporte correspondiente a la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) pagada por el servicio que no pudo ser disfrutado en el tiempo y modo debidos.*

“QUINTO. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a OBC a prestar a CECSA el servicio de transporte de 315.271 barriles de petróleo por los cuales se ha pagado la tarifa “transporte o pague” (“Ship or Pay”) sin pago alguno como contraprestación hasta que se agote dicho monto en el momento en que sea solicitado por CECSA.*

“SEXTO. *Que se condene a OBC al pago de todos los demás perjuicios sufridos por CECSA como consecuencia de sus incumplimientos, que sean demostrados en el proceso.”*

2.2.2.1. Posiciones de las partes

a. Posición de la convocante

Como se ha dejado reseñado, la convocante formuló como pretensión subsidiaria que se condene a OBC a prestar el servicio de transporte de 315.271

barriles de petróleo, que dejó de prestar como consecuencia de varios eventos justificados, que, según afirma la convocante, no fueron informados en los términos contractuales.

Adicionalmente, la convocante manifestó que la suscripción del Otrosí No. 2 nunca significó la extinción de la obligación de transportar el crudo que fuera nominado y efectivamente entregado por parte de CECSA. Al respecto, la convocante manifestó en su escrito de alegatos de conclusión que el texto del Otrosí No. 2 es absolutamente claro en ese sentido, por lo que no sería necesario hacer un ejercicio de interpretación. Sin embargo, expresó que, en caso de duda respecto de la intención real de las partes en la suscripción del referido Otrosí, “(...) *no existe una sola prueba de que la intención de la Convocante fuere la de renunciar al servicio. De manera que no hay forma de establecer una intención común de las partes de que el pago por el servicio que no se puede prestar oportunamente implica renuncia al servicio o extinción de la obligación de transportar derivada de un contrato de transporte*”.

b. Posición de la convocada

La convocada se opuso a la pretensión de cumplimiento de CECSA con fundamento, principalmente, en su posición frente al que considera fue el verdadero significado del Otrosí No. 2, esto es, el de extinguir las obligaciones del servicio de transporte de crudo a cargo de OBC en los eventos en los que este no pudo ser prestado por la ocurrencia de un evento justificado. La convocada explicó que, a partir de la mencionada modificación contractual, los valores pagados por servicio de transporte, que finalmente no pudo ser prestado por circunstancias que constituían eventos justificados, al considerarse ingresos de la sociedad y no anticipos de un futuro servicio de transporte, finalmente retornaron a los accionistas, entre ellos CECSA, mediante el pago de dividendos.

La anterior afirmación se desprende de lo dicho por la convocada en sus alegatos de conclusión:

*“Ahora bien, **CECSA** ha pretendido desconocer en este arbitraje los efectos del Otrosí No. 2 al pretender que, aparte de los mayores*

*dividendos que ha venido recibiendo, **OBC** transporte ahora sí gratuitamente, sin comillas, sus crudos.*

*“Ello simple y llanamente atenta contra lo que las partes pactaron en él libre y expresamente, con el fin de que pudiera darse cumplimiento a la promesa de valor que fue planteada desde la celebración del AMI. Lo que pretende **CECSA** es recibir dos veces la misma prestación, en contra de lo que con la celebración del Otrosí No. 2 se planteó: la extinción de las obligaciones de transporte futuras no prestadas en tiempo y modo debidos por la ocurrencia de Eventos Justificados o de hechos ajenos a la voluntad de **OBC** -que desde el comienzo estaban concebidas para pagarse como servicios “gratis” en el futuro dadas las particularidades del contrato de transporte en la modalidad Ship or Pay- por la repartición de utilidades en la forma de dividendos”.*

Así las cosas, la convocada arribó a la siguiente conclusión en su escrito de alegatos de conclusión:

*“De todo lo anterior se sigue que las pretensiones segunda y tercera principales y subsidiarias no pueden prosperar. Estas pretensiones de **CECSA** parten de la premisa fundamental de que ella tiene derecho a recibir el servicio de transporte pagado y no prestado por **OBC** en aquellos eventos en los que estuvo suspendido el servicio por circunstancias ajenas a la voluntad de mi representada.*

*“Como se probó en el arbitraje, empero, esa premisa está fundada en un derecho subjetivo que **CECSA** no tiene y que fue extinguido por el Otrosí No. 2 al Contrato”.*

2.2.2.2.El cumplimiento contractual.

a. Consideraciones generales y requisitos de la acción de cumplimiento.

La pretensión de cumplimiento tiene como propósito o finalidad la realización *in natura* o por equivalente pecuniario de la prestación no atendida

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

oportunamente por el deudor. Es un derecho principal de los acreedores, que puede ser ejercido mediante una acción declarativa o de conocimiento (artículos 1546 del Código Civil y 870 Código de Comercio) o de una acción ejecutiva.

Aunque la acción de cumplimiento no está regulada en forma exhaustiva en las codificaciones de derecho privado, existen algunas disposiciones que reconocen esta prerrogativa de los acreedores. En primer lugar, el ya mencionado artículo 1546 del Código Civil, en concordancia con el artículo 870 del Código de Comercio, establece que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor (contratante cumplido) puede solicitar, a su arbitrio, la resolución o el *cumplimiento* del contrato, con indemnización de perjuicios.

Por otra parte, en el artículo 1610 del Código Civil, que regula de manera general las alternativas del acreedor ante el incumplimiento del deudor en las obligaciones de hacer, establece que en caso de que el obligado no ejecute su compromiso, el titular del derecho de crédito puede solicitar al Juez que se apremie al deudor a ejecutar lo convenido o que se le autorice a él mismo o a un tercero para ejecutarlo, a expensas del deudor. En similar sentido, el artículo 1612 del Código Civil, relativo a las obligaciones de no hacer, dispone que, en los casos en que no sea posible ordenar que se deshaga o se destruya lo realizado en contravención del compromiso asumido por el deudor, el acreedor puede solicitar la correspondiente indemnización.

Cuando se plantea la pretensión de cumplimiento en su modalidad *in natura*, lo relevante es que el incumplimiento se haya producido y que el cumplimiento posterior sea objetivamente posible. En caso de que exista imposibilidad objetiva sobreviniente o que el cumplimiento en especie de la prestación ya no sea útil al acreedor, se podrá reclamar la ejecución de la obligación por equivalente pecuniario,⁷⁵ en uno u otro caso con la correspondiente indemnización de los

⁷⁵ Es el supuesto que plantea el art. 1731 del C.C., según el cual “[s]i el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”. Esta disposición legal, de alcance inicialmente limitado al incumplimiento culpable de las obligaciones de dar cosas de cuerpo cierto, se aplica a todos los casos de imposibilidad de cumplimiento por culpa del deudor.

perjuicios causados por el incumplimiento, caso en el cual se deberán acreditar los presupuestos de la responsabilidad civil.

b. La pretensión de cumplimiento por equivalente pecuniario y la indemnización de perjuicios compensatorios.

Como se expuso liminarmente, el incumplimiento de las obligaciones emanadas de contrato bilateral otorga derecho al contratante cumplidor para exigir indemnización de perjuicios. Por consiguiente, si se desatienden las prestaciones convenidas en la forma y tiempo acordados, una de las alternativas que los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio le concede a éste es la opción de exigir su cumplimiento, lo que podrá hacer, precisamente, demandando la ejecución exacta del objeto tal y como fue estipulado, amén de los perjuicios derivados de la mora, o, de otra manera, sin deprecar esta ejecución solicitando su equivalente, esto es, la suma o precio que compense la prestación debida.

La doctrina tradicional ha considerado que, como una expresión del cumplimiento del contrato, al que, ha de reiterarse, se permite su elección de conformidad con las normas referidas, el demandante, según las particulares circunstancias, puede deprecar los denominados perjuicios moratorios debidos al retardo (indemnización moratoria), añadidos a la petición de cumplimiento de la misma prestación convenida a cargo del demandado, o, en su lugar, frente a éste la llamada indemnización compensatoria para, con exclusión de esta precisa especie de prestación, solicitar también, en uso del derecho a obtener ese cumplimiento, una indemnización en dinero equipolente de los daños causados por la pérdida y la utilidad de que ha sido privado. Esta situación, en términos generales, la prevé el artículo 1613 del Código Civil, cuando dispone que *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*.

En este preciso sentido, ha dicho la jurisprudencia:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“II. En materia contractual hay dos clases de indemnización de perjuicios.

“6. Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de indemnización, exigibles a opción del acreedor, como cumplimiento del contrato por parte del deudor constituido en mora: la moratoria y la compensatoria. Corresponde la primera al retardo (falta transitoria de pago), y la segunda a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago en todo o en parte). La diferencia entre la una y la otra radica en que la indemnización moratoria se agrega a la ejecución del objeto tal como se pactó, en tanto que la compensatoria excluye esta ejecución, pero comprende, en cambio, el valor o precio del objeto debido, en todo o en parte...

“III. Cuándo hay lugar a la indemnización compensatoria.

“7. Para finalizar lo concerniente a la segunda premisa que se estudia, sólo resta determinar cuándo puede el acreedor exigir el objeto debido más la indemnización moratoria y cuándo la compensatoria, es decir el 'precio de la cosa' más la indemnización por 'los perjuicios de la mora'.

“La elección entre alguno de estos dos extremos, como cumplimiento del contrato, corresponde al acreedor. Este optará por el primero cuando aún conserve interés en que el deudor ejecute el objeto de la obligación tal como fue pactado, y se decidirá por el segundo, forzosamente cuando la cosa ha perecido, y en los demás casos cuando ya no tenga ningún interés en que ese objeto se ejecute. En este último evento, no puede obligarse al acreedor a recibir algo que legítimamente está en el derecho de rechazar porque habiéndole sido útil antes de constituirse el deudor en mora, ya no le es útil después de ésta. Así se estipuló, si no expresa, a lo menos tácitamente en el contrato, según los artículos 1501 y 1603, transcritos atrás...

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“No puede remitirse a duda que en ninguno de estos casos se justificaría obligar al acreedor a exigir la ejecución de un objeto que ya no le interesa. Es palmario que tiene derecho de demandar directamente, en cumplimiento del correspondiente contrato, una indemnización compensatoria que comprenda todo el daño emergente y todo el lucro cesante sufridos por él como consecuencia de la inejecución absoluta de la obligación contraída por el deudor, sin que sea necesario que pida la resolución del contrato, que es cosa enteramente diferente y que puede no convenirle. Por ello le da opción el artículo 1546 para pedir que se resuelva el contrato o que éste se cumpla: y una manera de cumplirlo es pagando el deudor al acreedor la indemnización compensatoria.

*“La nueva doctrina que ahora sienta la Corte puede pues resumirse en esta proposición: ‘el cumplimiento del contrato, a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil’, puede efectuarse de dos maneras distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue contraída (cumplimiento en especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución en equivalente), en ambos casos con indemnización por los perjuicios de la mora. El precio o valor del objeto más la indemnización moratoria, se llama en técnica jurídica la ‘indemnización compensatoria’”.*⁷⁶

En oportunidad posterior, la Corte, reafirmando los avances consolidados con la jurisprudencia sentada con la sentencia proferida el 3 de noviembre de 1977, precisó que el contratante cumplido, particularmente en los casos de imposibilidad de cumplimiento o falta de interés en la ejecución de la prestación *in natura*:

“ (...) ‘tiene derecho a demandar directamente, en cumplimiento del correspondiente contrato, una indemnización compensatoria que comprenda todo el daño emergente y todo el lucro cesante sufridos

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J., t. CLV, 1º, págs. 325, 326; en el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de agosto de 1984. M.P. Alberto Ospina Botero. G. J., t. CLXXVI, págs. 226 y 227.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

por él como consecuencia de la inexecución absoluta o imperfecta de la obligación, sin que sea necesario pedir la resolución del contrato, que es cosa enteramente diferente y que puede no convenirle. Por ello, agrega la Corte, el art. 1546, da la opción de pedir la resolución o el cumplimiento, y una manera de cumplir el contrato es pagando el deudor al acreedor la indemnización compensatoria, es decir, los perjuicios padecidos, que deben ser demostrados cualquiera sea la causa del incumplimiento del contrato' (cas. civ. sentencia de 18 de noviembre de 1999, [S-5103], reiterando la sentencia de 3 de noviembre de 1977).

“A dicho propósito, todo contrato como acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. de Co. y 1495 C.C.), es norma contractual (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*), genera obligaciones en todo cuanto le corresponde por definición (*essentialia negotia*), por ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) y en lo expresamente pactado (*accidentalialia negotia*) y desencadena desde su existencia, el efecto primario o inicial, propio de su naturaleza obligatoria proyectada en la atadura, vínculo u obligatoriedad de su cumplimiento íntegro, efectivo, oportuno, en la forma u oportunidad pactada y de buena fe; siendo de prestaciones correlativas para ambas partes, el incumplimiento o renuencia a cumplir de una y el cumplimiento o disposición a cumplir de la otra, confiere acción para su resolución o cumplimiento con indemnización de perjuicios, esto es, para exigir la obligación misma (*prestación in natura, verbi gratia*, en la compraventa, la cosa acordada) o su equivalente pecuniario (*subrogado, aestimatio pecunia*, por ejemplo, en la compraventa, el valor económico de la cosa) con la plena reparación de daños, comprensiva de las compensaciones relativas a las pérdidas o disminución efectiva de los bienes (*damnum emergens*) y a la privación de las ganancias o aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) esperados por el perjudicado, las cuales se habrían producido de no haber ocurrido el incumplimiento contractual (cas. civ. sentencias de 12 de agosto de 1988, CXCII, pág. 71; 14 de

octubre de 1992 (CCXIX, pág. 722; 27 de marzo de 1996, CCXL), es decir, del daño emergente, o sea, “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” (artículo 1614 del C.C.), esto es, la pérdida, destrucción o deterioro real y efectivo del patrimonio económico, la erogación o gasto necesario para su recuperación o restablecimiento y, el lucro cesante (artículo 1613 y siguientes del C.C.) “ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (artículo 1614 del C.C.), utilidad, beneficio o provecho cierto, actual o futuro, que se deja de percibir en razón del hecho ilícito y que sin éste se hubiera percibido, ya de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), ora accesoria y consecuencial (artículos 1546 y 1818 del Código Civil), bien autónoma e independiente, porque, el daño brota de la inobservancia del deber de conducta prestacional, su génesis es su lesión, o sea, el incumplimiento total o parcial, del cual dimana, originando una prestación indemnizatoria, consistente en reparar el quebranto inmotivado de los derechos e intereses conculcados que puede exigirse con la prestación originaria o subrogada o de manera independiente. Incluso, en veces el incumplimiento no es de tal magnitud, trascendencia o gravedad para justificar la resolución, ocasionando, empero perjuicios, a cuyo resarcimiento tiene derecho el acreedor y aún éste puede aceptar el cumplimiento, perseverando en la reparación de los daños causados y también, ejecutado el contrato, podrán presentarse reclamaciones a propósito de la idoneidad funcional de los bienes o servicios, tal como acontece, ad exemplum, en la compraventa, con los vicios o defectos ocultos de la cosa entregada.

“Con estas premisas, a partir de la rectificación de la postura que negaba esta posibilidad, salvo en las obligaciones de hacer (cas. civ. 3 de diciembre de 1977, CLV, p. 323), ha sido, doctrina constante de la Corte, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el

artículo 1546 del Código Civil, la de que la indemnización de los daños derivada del incumplimiento constituye una prestación diferente y como tal puede exigirse, ya como pretensión accesoria, complementaria o consecuencial de la resolución o del cumplimiento, bien como pretensión autónoma e independiente.”⁷⁷

En compendio, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor (contratante cumplido) puede solicitar el cumplimiento de la prestación *in natura*, esto es, tal y como ella fue pactada, o mediante el pago de su equivalente pecuniario, en uno y otro caso, con la indemnización correspondiente a los perjuicios sufridos, en sus modalidades básicas de daño emergente y lucro cesante, aunque sin excluir la reparación de daños extrapatrimoniales si estos se han causado. La doctrina tradicional y la jurisprudencia han considerado que el propósito de la acción de cumplimiento puede llevarse a cabo mediante el reconocimiento de lo que se ha denominado *indemnización compensatoria*, esto es, aquella enderezada a resarcir los perjuicios que el acreedor ha sufrido por no tener la prestación en su patrimonio.

2.3. Los incumplimientos atribuidos a la convocada.

De conformidad con el marco conceptual establecido en anteriores consideraciones de esta providencia, es claro que el Tribunal debe reducir su estudio al cumplimiento o incumplimiento del contrato celebrado entre las partes de este arbitraje, hecho efectivo a partir del día 20 de junio de 2012, a los deberes adquiridos por OBC frente a CECSA, en materia del transporte del crudo desde Arguaney hasta Banadía y a las demás obligaciones adquiridas en el contrato celebrado entre las partes mencionadas, con las modificaciones introducidas mediante el Otrosí No. 2, este último con fecha de ejecución apenas dos meses luego de iniciada la ejecución del contrato original, es decir, a partir del 1º de enero de 2014, y todo ello dentro del marco general que al conjunto de derechos y obligaciones de las partes daba el AMI.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2009. M.P. William Namén Vargas. Rad: 05001-3103-009-2001-00263-01.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Respecto del transporte del crudo, no aparece en este asunto propiamente una queja de la parte convocante, en el sentido de que OBC se haya negado a efectuarlo en los periodos en que sí le era posible hacerlo. Es verdad que en sus pretensiones la parte convocante solicita que se declare el incumplimiento contractual por no haberse producido el transporte contratado durante la vigencia de las interrupciones del oleoducto, sin haberse “probado” las razones de dichas interrupciones. Con todo, tal y como se precisará más adelante, es claro para el Tribunal que el compromiso de OBC frente a los denominados “eventos justificados” no era propiamente el de probar su ocurrencia, tal como lo alega la parte convocante, sino el de informar debidamente sobre ella.

Debe destacar especialmente el Tribunal que fue particularmente insistente la posición de la parte convocante, en su demanda, en la práctica de las pruebas y en su alegato final, invocando el incumplimiento de OBC frente a su deber de dar a los remitentes, entre ellos a CECSA, toda la información pactada, con los detalles a los cuales evidentemente se refirió el contrato entre las partes, respecto de la ocurrencia de los denominados “eventos justificados” y dar esta información dentro del término perentorio de cinco días contractualmente establecido. De este alegado incumplimiento concluye la demanda en sus pretensiones, deriva no solamente un incumplimiento del deber de información, sino igualmente del compromiso de transporte, por no constarle a la convocante lo ocurrido.

En consecuencia, el corazón de las pretensiones de la demanda se centra, en primer término, en la circunstancia de que la convocante no hubiera recibido información suficiente y oportuna sobre la ocurrencia y los detalles de los llamados “eventos justificados”; en segundo lugar, la demandante afirma que OBC incumplió su obligación de transportar los barriles de crudo por los que CECSA pagó la respectiva Tarifa, en aquellos eventos en los que la prestación del servicio no pudo efectuarse inicialmente por razones ajenas a la sociedad remitente.

Pasará entonces el Tribunal a analizar separadamente cada uno de los incumplimientos que la demandante enrostra a la convocada, lo que le permitirá definir si se presenta el requisito particular atinente al *incumplimiento resolutorio*, en orden a determinar la prosperidad de las pretensiones principales, o si, en otro

escenario, dichos incumplimientos pueden dar lugar a que el Tribunal ordene el cumplimiento o las indemnizaciones solicitados en forma subsidiaria.

El análisis se circunscribirá a esos particulares aspectos, teniendo en cuenta (i) que el Tribunal no tiene duda de que el Contrato de Transporte Bicentenario es un contrato bilateral, respecto del cual no se ha discutido su existencia y validez, y (ii) que para la fecha de presentación de la demanda la aquí convocante había cumplido las prestaciones a su cargo, pues nada en contra se ha argüido o demostrado en el presente trámite arbitral y, en concreto, no se adujo la excepción de contrato no cumplido.

2.3.1. Incumplimiento del deber de notificar y acreditar los detalles sobre la ocurrencia de los eventos justificados, en los estrictos términos contractuales.

2.3.1.1. Posiciones de las partes

a. Posición de la convocante.

Durante el proceso arbitral, la convocante afirmó reiteradamente que, ante la ocurrencia de un evento justificado, OBC, además de notificar el suceso dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, debía remitir dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores la información detallada sobre el acontecimiento.

Respecto del alcance de la información detallada, la convocante manifestó lo siguiente en su escrito de alegaciones finales:

“De la cláusula transcrita –haciendo referencia a la cláusula 8.03 (a) del contrato de transporte- surge con claridad meridiana la obligación de OBC de notificar los eventos justificados dentro de un término de 24 horas y entregar todos los detalles dentro de los cinco días siguientes al remitente. Esta obligación de remitir todos los detalles que no son más que las pruebas de la ocurrencia del hecho, de su causa, de su duración exacta y de las medidas de mitigación del daño dentro de los cinco días siguientes no se cumplió por parte de la Convocada. Nunca entregó los

detalles y las pruebas de los eventos justificados y eventos de fuerza mayor alegados”.

Sostuvo que quien alega una fuerza mayor ante el incumplimiento obligacional, tiene la carga de demostrar fehacientemente la causa extraña. A juicio de la Convocante, por lo anterior, “(...) es forzoso concluir que no se probaron los eventos alegados de fuerza mayor y eventos justificados, pues nunca se pasó de las alegaciones, en un escenario que demandaba de la Convocada la máxima diligencia y rigor por sus evidentes intereses derivados de la ocurrencia de tales eventos. También es forzoso concluir que no se entregaron todos los detalles de los eventos alegados como lo demanda la cláusula 8.03 del Contrato. Se da entonces la situación de alegaciones no probadas de eventos justificados y de fuerza mayor, que deben llevar al juzgador, conforme a la jurisprudencia y a la ley, a concluir que el incumplimiento en la prestación del servicio no se justificó (...)”.

b. Posición de la convocada

Para la convocada, el alcance de las obligaciones contenidas en la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario es distinto al que argumentó la convocante. Según el dicho de la convocada, la obligación de información se estructuró en el contrato de transporte con dos componentes: (i) la notificación, y (ii) la posterior remisión de los detalles que dieran la posibilidad a los remitentes de programar operativamente el cumplimiento de sus compromisos comerciales.

Manifestó, en consecuencia, que la información que proporcionó OBC durante el desarrollo del contrato fue clara, oportuna y transparente, por lo que no podría afirmarse que incumplió dicha obligación.

De manera diversa a lo expresado por la convocante, la convocada afirmó que la obligación de informar no puede equipararse a la obligación de probar un suceso. Al respecto, la convocada plasmó lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“En efecto, mientras informar consiste en dar noticia para enterar de algo, ‘probar’ significa dar una ‘Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley’.

“De la sola interpretación gramatical y literal de los términos contenidos en la Cláusula 8.03(a), que es la fuente hermenéutica principal -en ausencia de prueba de la intención real de los contratantes en este preciso punto-, es más que evidente la diferencia que existe entre probar e informar, que es la controversia fundamental que existe entre CECSA y OBC en punto a esta cuestión.

“CECSA ha sostenido repetidamente, que la expresión todos los detalles de la Cláusula debe entenderse en el sentido de probarlos y, por ende, echa de menos, acusatoriamente, que OBC, al informar sobre Eventos Justificados, no haya remitido, por ejemplo, la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por los daños a la infraestructura del Oleoducto, los informes técnicos sobre las causas de los Eventos Justificados, fotografías y videos con la prueba de la ocurrencia del evento, entre otros medios de convicción.

“Ocurre, empero, que la cláusula no estipulaba la obligación de probar como si la de informar.

“Y es que, además, la necesidad de informar se ajusta mucho más al constructo contractual de las partes que la obligación de probar que es afín con la dinámica de un proceso judicial, en el que una parte dice algo y la otra la refuta, cada uno con el interés de acreditar plenamente los supuestos de hecho de una norma cuya consecuencia cada una persigue.

“La necesidad de probar es clara ante un juez que no conoce, ni tiene por qué conocer los hechos que desembocaron en una controversia de naturaleza contractual”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Adicionalmente, la convocada resaltó que OBC y CECSA, además de ser cocontratantes, también eran suscriptores del AMI, por lo que la información relativa a eventos justificados satisfacía intereses complementarios en uno y otro contrato. Lo anterior fue aducido por la convocada para explicar que en varias reuniones de los órganos sociales de OBC se discutió ampliamente el detalle de los eventos justificados, por lo que CECSA siempre tuvo acceso a dicha información.

Respecto de la forma en que OBC ejecutó su obligación de información ante los eventos justificados, la convocada resaltó que ello se realizó siguiendo lo establecido en el “PROCEDIMIENTO COMUNICACIONES PARA MANEJO DE EVENTOS JUSTIFICADOS EN OLEODUCTO BICENTENARIO JUL 17 2014”⁷⁸, en donde se dispusieron las acciones que se debían realizar ante la ocurrencia de un evento justificado.

Por último, la convocada manifestó que no era dable exigirle a OBC que informara a CECSA sobre la ocurrencia de los incidentes y atentados que tuvieran lugar en el oleoducto Caño Limón-Coveñas. En relación con este aspecto, la convocada insistió en afirmar que de los 74 eventos relacionados en la demanda, únicamente 10 ocurrieron en el Oleoducto Bicentenario. No obstante, destacó que, en gracia de discusión, la entidad responsable del oleoducto Caño Limón-Coveñas informó oportunamente de tales eventos a CECSA por lo cual se habría presentado el fenómeno del pago por un tercero.

Por todo lo anterior, la convocada concluyó que siempre cumplió cabalmente con su obligación de información contenida en la Cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario.

c. Posición del Ministerio Público

Según lo expresado por el Ministerio Público, OBC sí cumplió con la obligación de información contenida en la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario. Como sustento de su posición, afirmó que bajo el tenor de la cláusula 8.03 del contrato, no se observa la exigencia de probar los eventos,

⁷⁸ Cuaderno de pruebas No. 4. Folio 572.

contrario a lo que expresó la convocante. Simplemente, a juicio del Ministerio Público, OBC debía comunicar y remitir los detalles de los eventos justificados. Además, destacó que muchos de los eventos justificados alegados por la convocante ocurrieron en el Oleoducto Caño Limón-Coveñas, y no en el Oleoducto Bicentenario.

2.3.1.2. Concepto de evento justificado. Deberes de conducta de OBC frente a la ocurrencia de un evento justificado.

Según ya se ha señalado, CECSA y OBC convinieron que determinados eventos o acontecimientos, ajenos a la voluntad de las partes, que dieran lugar a que se interrumpiera o retrasara la conducción del crudo, constituirían “eventos justificados”, con diversas consecuencias en relación con las obligaciones y la responsabilidad del transportador, tal y como ya se ha señalado en esta providencia.

La definición quedó plasmada en el anexo A del Contrato de Transporte, de la siguiente manera:

***“Evento Justificado:** Significa cualquier evento de fuerza mayor o caso fortuito, vicio propio o inherente al Crudo, o cualquier acto o hecho de un tercero, incluyendo, pero sin limitarse a, actos guerrilleros o terroristas o cualquier tipo de alteración al orden público, que causen daños al Oleoducto o eventos que interrumpan, retrasen o impidan el cumplimiento de las obligaciones de Bicentenario”.*

Se observa que la intención de los contratantes fue hacer una descripción, no taxativa, de eventos o acontecimientos que (i) ocasionaran daños al Oleoducto o interrumpieran, retrasaran o impidieran el cumplimiento de las obligaciones de OBC; y (ii) fueran ajenos al círculo de control de la transportadora, pues tal es la característica de los eventos constitutivos de fuerza mayor, vicio propio del objeto transportado, hecho de un tercero, actos guerrilleros o terroristas, o la alteración del orden público.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

En caso de que se presentara un evento justificado, según ya se ha reseñado, si bien la obligación de OBC no podía ejecutarse, dada la situación de imposibilidad de cumplimiento que de allí se derivaba, la obligación de CECSA no se interrumpía y, por ende, la remitente debía continuar pagando la Tarifa, con los efectos que ya se han explicado distinguiendo los eventos ocurridos en vigencia del texto original del contrato celebrado el 20 de junio de 2012 y los que se presentaron después del 1º de enero de 2014, con la vigencia del Otrosí No. 2.

Ante la ocurrencia de un evento justificado, el Contrato de Transporte Bicentenario estableció un procedimiento, y asignó deberes de conducta, particularmente a OBC, en los siguientes términos:

“Sección 8.03 – Efectos de un Evento Justificado: *En el evento de presentarse un Evento Justificado que suspenda o afecte parcialmente la prestación del Servicio:*

“(a) Bicentenario deberá notificar la ocurrencia del mismo por escrito al Remitente, dentro de las 24 horas siguientes al momento en que tenga conocimiento de la ocurrencia del Evento Justificado, comprometiéndose a remitir todos los detalles dentro de los 5 días hábiles siguientes.

“(b) Bicentenario deberá realizar todas las diligencias razonables que se requieran para restablecer tan pronto como sea posible el Servicio y el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. Así mismo, deberá hacer todos los Esfuerzos Razonables para minimizar o mitigar cualquier retraso o costos adicionales que pudieran ocasionarse y mantener informado al Remitente de los avances.

“(c)(...).

Según se puede observar del texto anteriormente transcrito, en caso de presentarse eventos justificados surgen para OBC diversos deberes de conducta, a saber: (i) notificar la ocurrencia del hecho a CECSA en las 24 horas siguientes al momento en que tenga conocimiento del evento justificado; (ii) remitir todos los

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

detalles del evento justificado en los cinco (5) días hábiles siguientes; (iii) realizar todas las diligencias razonables para restablecer tan pronto como sea posible el servicio; (iv) realizar todos los Esfuerzos Razonables para minimizar o mitigar cualquier retraso o los costos adicionales que pudieran ocasionarse; y (v) mantener informado al remitente de los avances en el restablecimiento del servicio.

Precisado todo lo anterior, procede el Tribunal a realizar un análisis de los diferentes eventos justificados que se presentaron en la ejecución contractual y que han sido base de las reclamaciones presentadas por CECSA.

2.3.1.3. Análisis de los específicos eventos justificados ocurridos durante la vigencia del contrato.

Corresponde al Tribunal hacer un estudio de los eventos justificados en los que, según la convocante, la convocada no cumplió con la obligación de información contenida en la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario.

En el hecho 14 de la demanda, la parte convocante hizo referencia explícita a 74 oportunidades en las que, según afirma, la convocada alegó el acaecimiento de eventos justificados sin proporcionar la información correspondiente según el tenor de la cláusula 8.03 (a) del Contrato de Transporte Bicentenario. Se advierte que en el alegato de conclusión la convocante alude a “*más de 100 eventos justificados*” respecto de los que reprocha el incumplimiento de los deberes de OBC, arriba reseñados, no obstante lo cual el Tribunal limitará su análisis a lo que fue planteado y debatido en el trámite.⁷⁹

Luego de haber analizado los eventos a que se ha hecho referencia, en conjunto con las pruebas aportadas por las partes para sustentar sus posiciones, el Tribunal identificó algunos elementos comunes dentro de los eventos justificados debatidos en el proceso y respecto de la forma en que se ejecutó la obligación

⁷⁹ Se destaca, igualmente, que en los dictámenes periciales que trataron este tema, los expertos también hicieron referencia a un número de eventos superior. Por ejemplo, en el dictamen presentado por Carmenza Chaín se hace referencia a 138 eventos (Cuaderno 8, folio 461).

de información a cargo de OBC, que permiten ubicarlos en los siguientes grupos: (a) situaciones en las que OBC cumplió cabalmente con su obligación de información en los términos contractuales; (b) situaciones en las que no fue OBC, sino CENIT, quien proporcionó a CECSA la información sobre el evento justificado; (c) situaciones en las que el evento justificado duró menos de cinco días; (d) situaciones en las que la información sobre los eventos justificados fue discutida en la Junta Directiva de OBC y en otros órganos; y (e) situaciones en las que OBC suministró la información de manera extemporánea, o no la suministró.

A continuación, el Tribunal analizará cada una de las categorías anteriormente referidas, con la exposición de algunos ejemplos que ilustran lo que en cada caso particular ocurrió, con el propósito de reunir suficientes elementos de juicio para determinar si OBC cumplió o no con la obligación de información, en los términos de la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario.

a. Situaciones en las que OBC cumplió a cabalidad con sus obligaciones en los términos contractuales.

Debe resaltar el Tribunal, en primer término, que no es cierta la afirmación de que OBC nunca cumplió con la obligación de notificar y remitir la información detallada de los eventos justificados que imposibilitarían la normal prestación del servicio de transporte de crudo en el Oleoducto Bicentenario. En realidad, pudo demostrarse en el proceso que en varios de los eventos⁸⁰ mencionados en la demanda, OBC **cumplió** a cabalidad con sus obligaciones de información.

Así se observa, por ejemplo, en el evento que en la demanda se denominó “Cráteres en los puntos Km 222+000 y 218+500 del oleoducto Bicentenario”, respecto del cual la convocante afirmó lo siguiente (resalta el Tribunal):

“El 15 de noviembre de 2013 Ecopetrol envió a OBC un Aviso oficial de Evento de Emergencia, bajo el número de radicado 242000-1902, en el que informaba que se detectaron dos cráteres en los puntos

⁸⁰ Al respecto, ver los eventos denominados “Atentados terroristas en PK 212+000, 197+280, 165+480 y 209+100 Oleoducto Bicentenario”, “Taponamiento en el Oleoducto Bicentenario” y “Derramamiento en el PK 207+070 del Oleoducto Bicentenario”, entre otros.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

222+000 y 218+500 del oleoducto Bicentenario luego de una explosión reportada el día anterior, razón por la cual se activó el Plan de Contingencia. Ese mismo día OBC envió un correo electrónico con el asunto "Evento sobre el derecho de vía 222+000 y PK 218+500 (aprox)", haciendo referencia a la misma información contenida en la comunicación anterior.

Posteriormente, el 17 de noviembre, OBC informó en el correo electrónico "Reporte de bombeo 17/11" que el cráter ubicado en el punto 222+000 no había podido ser inspeccionado, y que el otro parecía ser antiguo. Al día siguiente notificó mediante correo electrónico que en esa fecha habría una supresión del bombeo para inspeccionar el cráter localizado en el km 222+000; el resultado, tal y como consta en los correos electrónicos del 18 de noviembre enviados por OBC (Reporte e inspección PK222 Bicentenario) y Ecopetrol (RV: Evento de Emergencia vía PK 222+000 y PK 218+500 Oleoducto Bicentenario), fue la localización de una abolladura que requería reparación inmediata.

En consecuencia, OBC notificó estos eventos mediante carta fechada y radicada en las oficinas de CECSA el 19 de noviembre. En esta comunicación señaló que: "esta circunstancia determina un evento de fuerza mayor que imposibilita temporalmente el cumplimiento de las obligaciones de Bicentenario establecidas en el Contrato de Transporte entre las Estaciones Araguaney y Banadía y que se constituye en evento justificado que afecta la operación del Oleoducto Bicentenario" (subrayado fuera de texto), y que mediante esta comunicación cumplía con su obligación de informar sobre los eventos justificados (sección 8.03 (a) del Contrato), así como también se comprometía a mantener informado al remitente sobre el estado de las reparaciones (sección 8.03 (b) del Contrato).

Respecto a la obligación en la sección 8.03 (a) del Contrato, sobre informar en los 5 días siguientes sobre todos los detalles relacionados con el hecho, es decir, la gravedad del daño, las causas, el tiempo

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

estimado para su reparación, OBC no proporcionó ninguna información relacionada con esto en el plazo establecido y no suministró prueba alguna de los hechos alegados.

En cuanto a la obligación de informar sobre el estado de las reparaciones (sección 8.03 (b) del Contrato), en los días posteriores al Aviso oficial del evento justificado OBC comunicó mediante varios correos electrónicos sobre el avance de los eventos de emergencia, describiendo brevemente el estado de las reparaciones”.

De lo anterior, pareciera ser que la convocante asimiló la comunicación escrita remitida por OBC el 19 de noviembre de 2013⁸¹ con la notificación del evento justificado de que trata la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario. De ahí que la convocada tomara tal fecha para sostener que, dentro de los 5 días siguientes, OBC no remitió la información detallada del mismo.

Si se adoptara la tesis de la convocante -esto es, que la notificación fue surtida mediante la carta remitida por OBC el 19 de noviembre de 2013-, sería forzoso concluir que la convocada incumplió con su obligación de notificar el suceso al remitente dentro de las 24 horas siguientes a su conocimiento, pues según se observa a folios 305 y 306 del Cuaderno de Pruebas No. 1, OBC tuvo conocimiento del suceso el día 15 de noviembre, es decir, cuatro días antes.

Sin embargo, observa el Tribunal que la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario no impone un método específico mediante el cual deba surtirse la notificación⁸², más allá de la exigencia de que la noticia se comunique por escrito. Así pues, la afirmación de que la notificación se efectuó mediante la carta del 19 de noviembre⁸³, carece de fundamento. Obsérvese que en el documento denominado “*Procedimiento comunicaciones para manejo de eventos justificados en oleoducto bicentenario*” del 17 de julio de 2014⁸⁴ –que no

⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 5. Folios 595-598.

⁸² La cláusula 8.03 (a) del Contrato de Transporte Bicentenario es del siguiente tenor: “*Bicentenario deberá notificar la ocurrencia del mismo por escrito al Remitente, dentro de las 24 horas siguientes al momento en que tenga conocimiento de la ocurrencia del Evento Justificado, comprometiéndose a remitir todos los detalles dentro de los 5 días siguientes hábiles siguientes*”.

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 5. Folios 595-598.

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 4. Folio 574.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

se encontraba vigente para la fecha del evento que se analiza-, dentro de la “*secuencia de acciones a tener en cuenta*” señala que ante un evento justificado, debe emitirse la declaración del evento en un plazo de 24 horas. Sin embargo, también se indica que el registro correspondiente en estos eventos debe ser “Carta de Evento Justificado o Correo informando la condición restrictiva”, con lo cual habría elementos de juicio para considerar que la notificación puede hacerse por carta o por correo electrónico.

En ese sentido, de las pruebas que fueron aportadas al proceso, el Tribunal observa que OBC sí notificó la ocurrencia del evento, e informó paulatinamente, en la medida de lo posible, los detalles del mismo.

En efecto, OBC envió un correo a sus remitentes el 15 de noviembre de 2013⁸⁵-día en el que se enteró del suceso- en el cual informó, de manera preliminar, sobre una explosión ocurrida en el Oleoducto Bicentenario en el día anterior. Se advirtió en el referido correo, que se estaba trabajando en el aseguramiento de la zona, y en la inspección de las afectaciones. En los días siguientes (17⁸⁶, 18⁸⁷ y 19⁸⁸ de noviembre de 2013) OBC envió varios correos a sus remitentes en los que fue proporcionando la información recaudada, hasta que mediante carta con fecha del 19 de noviembre de 2013⁸⁹, OBC informó en detalle los pormenores del evento justificado, indicando la ubicación exacta de los puntos afectados, así como las reparaciones requeridas.

De lo anterior, concluye el Tribunal que OBC notificó a sus remitentes, mediante correo electrónico, de la ocurrencia del evento que se analiza en los términos contractuales. Posteriormente, amplió la información sobre el mismo, y sobre las reparaciones necesarias para restablecer el servicio. En tal sentido, mal podría sostenerse que OBC incumplió con sus obligaciones de información en todos y cada uno de los eventos referidos por la convocante en su demanda.

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 304.

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 307.

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 308-311.

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 313.

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 5. Folios 595-598.

b. Situaciones en las que no fue OBC, sino que CENIT, quien proporcionó a CECSA la información sobre el evento justificado.

En reiteradas oportunidades, la misma convocada contestó a las alegaciones de falta de información en eventos justificados realizadas por la convocante, explicando que la notificación o la información detallada de los eventos justificados, fue proporcionada por CENIT y no por OBC.

A manera de ejemplo, resalta el Tribunal el evento que en la demanda se denominó como “Roturas en los puntos 358+950 y 418+410 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”, respecto del cual la convocante dijo lo siguiente:

“CENIT notificó una parada de bombeo, mediante correo electrónico del 16 de junio, debido a una caída de presión. Al día siguiente hace la declaratoria oficial del evento justificado por medio de correo electrónico, en donde afirma que se encontraron dos roturas en los puntos 358+950 y 418+410 del oleoducto Caño Limón-Coveñas.

“En los días siguientes CENIT, envió una serie de correos electrónicos de actualización en los que describía sucintamente el avance de las reparaciones de la rotura. Finalmente, CENIT informó en el correo electrónico del 11 de agosto que ese día reiniciaría el bombeo, e hizo el levantamiento oficial, también por correo electrónico, dos días después.

“Sobre esta situación OBC se limitó a referirse en dos ocasiones: en el correo electrónico del 16 de junio de 2015 con asunto Suspensión de los recibos en Araguañey, un posible atentado en el oleoducto Caño Limón-Coveñas (sin señalar la ubicación) que estaba afectando la operación del oleoducto Bicentenario. Las (sic) segunda, en la carta Aviso evento justificado oleoducto Bicentenario de Colombia en el PK 194+415 (válvula 28) en al vereda “El tigre” y el PK207+628 en la vereda “Caño Negro” del municipio de Fortul, departamento de Arauca, del 3 de julio, en la que afirma que “La operación de Bicentenario ya se encontraba suspendida desde el 16 de junio por

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Evento Justificad (sic) en el Oleoducto Caño Limón -Coveñas por atentado en PK 358+950, ya reparado y en PL 418+410, en proceso de aseguramiento”.

La convocada, a propósito de lo anterior, manifestó en su escrito de alegatos de conclusión lo siguiente:

“Es cierto que CENIT envió una serie de correos con actualizaciones sobre el avance de las reparaciones, más concretamente en los correos del 21 y 22 de junio. La grave situación de orden público no permitió realizar las reparaciones en las fechas planeadas.

“(…)

“El día 25 de junio, CENIT informó a los remitentes que las reparaciones habían sido terminadas”.

Otro ejemplo de estas situaciones lo constituye el “Cráter km 323+010 del oleoducto Caño Limón- Coveñas”, en el cual la convocante expresó lo siguiente en su demanda:

“CENIT hizo la declaratoria oficial del evento, mediante correo electrónico del 21 de febrero de 2016, en donde informó que el día anterior se reportó una explosión que causó un cráter en el punto 323 del oleoducto Caño Limón- Coveñas, y afirmó que el bombeo desde Bicentenario continuaba.

“Sobre esta situación OBC no dio información”.

La convocada contestó a lo anterior, así:

“Es cierto que el 21 de febrero de 2016 CENIT informó que el 20 de febrero había ocurrido una explosión en las cercanías del KM 323, y que tras el recorrido aéreo se detectó un cráter cuyo impacto no

había sido evaluado aún. A pesar de lo anterior, CENIT confirmó que el bombeo desde Oleoducto Bicentenario continuaba.

“El 22 de febrero de 2016 CENIT remitió los detalles del evento o (sic) avisado el 21 de febrero de 2016, informando que (i) se reportó una explosión luego de la cual se efectuó un recorrido aéreo de verificación de la situación; (ii) tras el recorrido aéreo se confirmó la existencia de un cráter en el KM 323+010, Tibú, Norte de Santander; (iii) como respuesta a la situación se activó la logística de movilización de recursos para la inspección y reparación de la anomalía; (iv) el Oleoducto Caño Limón-Coveñas se mantenía operando en el tramo Banadía-Coveñas; y (v) el tramo Caño Limón-Banadía se encontraba afectado por atentado en el KM 29+350”.

De lo anterior se colige que, en ocasiones como las que se han reseñado⁹⁰, la información relativa a los eventos justificados fue suministrada por CENIT y no por OBC, supuestos en los cuales además de considerar plausible la argumentación presentada por la convocada, en el sentido de que el pago hecho por un tercero tiene la aptitud para satisfacer el interés del acreedor, para el Tribunal resulta evidente que los contratos de transporte de crudo celebrados entre CECSA y OBC, por una parte, y entre CECSA y CENIT, por la otra, no pueden examinarse en forma aislada, sino que ellos igualmente participan de la característica de ser contratos conexos o coligados, como ya se ha explicado, lo que conduce a ratificar la conclusión de que la información suministrada por CENIT a CECSA, respecto de eventos ocurridos en el Oleoducto Caño Limón-Coveñas que afectaban el servicio en el Oleoducto Bicentenario, servían a los propósitos establecidos en la cláusula 8.03 (a) del Contrato de Transporte Bicentenario.

c. Situaciones en las que el evento justificado duró menos de cinco días.

⁹⁰ Además, al respecto, ver los eventos “Cráteres en 149 y 123 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”, “Cráter en el KM 323+010 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas” y “Rotura en PK 427+600 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”, entre otros.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Teniendo en cuenta que la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario impone la obligación a OBC de remitir información detallada del evento justificado que se alega dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, la convocada expresó en que en varias ocasiones el evento justificado duró menos de cinco (5) días.⁹¹

Así se observa, por ejemplo, con el evento denominado “*Mancha en el punto KM 331+090 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas*”, en el cual ante la alegación de la convocante de falta de información detallada tras haber declarado el evento justificado por parte de OBC, la convocada expresó lo siguiente (subraya y resalta el Tribunal):

“Es cierto que el 21 de noviembre de 2014 el Gerente de Oleoductos de ECOPETROL informó a OBC sobre la detección de una mancha de crudo cerca de las mangueras de la abscisa PL 331+090, zona aledaña a la vereda La Paz, municipio de Sardinata, Norte de Santander, por donde pasaba uno de los tramos del Oleoducto Caño Limón-Coveñas. La mancha de crudo se detectó a las 9:3’ de la mañana del mismo día en el que se remitiera la comunicación a CENIT.

“Es cierto que, el día siguiente, OBC les envió un correo a sus remitentes informando sobre la ocurrencia del hecho y sobre el reajuste en las nominaciones. En dicho correo, OBC informó que el evento e (sic) generó por una fuga en una válvula ilícita. También es cierto que el 22 de noviembre OBC envió una notificación formal sobre la ocurrencia del evento ya descrito. Agregó que el servicio de Oleoducto Bicentenario estaría suspendido desde las 15:37 horas del 21 de noviembre, y que CENIT informó a las Fuerzas Militares sobre este hecho.

*“Efectivamente, como aduce CECSA, **tan solo 4 días luego de esta primera comunicación, mi representada procedió a hacer el***

⁹¹ Al respecto ver, por ejemplo, “*Abolladuras en PK 144+434 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas*” y “*Explosión en PK 84+330 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas*”.

levantamiento de los efectos del evento y restableció la prestación del servicio desde las 1:03 horas del 22 de noviembre. Agregó, además, que en ese tiempo se habían llevado a cabo ciertas reparaciones menores con miras a lograr el pleno restablecimiento del servicio”.

Se resalta de la anterior situación que, efectivamente, OBC notificó de manera formal la ocurrencia del evento justificado mediante comunicación del 22 de noviembre de 2014⁹² y que, posteriormente, el 26 de noviembre de 2014⁹³, OBC levantó oficialmente el evento justificado. Debe resaltar el Tribunal que, entre la fecha en que se declaró el evento justificado, y la fecha de su levantamiento, no se remitió información adicional con los detalles propios del evento de la referencia.

La anterior situación se replicó en el evento que la convocante nombró “Restricción de recibos en Arguaney”. Sobre el particular, el apoderado de CECSA manifestó en la demanda que, mediante correo del 19 de enero de 2015⁹⁴, OBC informó a sus remitentes unos inconvenientes en el Oleoducto Caño Limón-Coveñas que imposibilitarían la normal operación del Oleoducto Bicentenario. Refirió que, posteriormente, únicamente se recibió un correo electrónico en el que se informó el levantamiento de la restricción⁹⁵.

Como respuesta a lo anterior, la convocada manifestó lo siguiente en la contestación a la demanda (subrayado y resaltado por el Tribunal):

*“Es cierto que, mediante un correo del 19 de enero de 2015, OBC adujo varias razones para justificar la necesidad de restringir el servicio en el Oleoducto Bicentenario. Es cierto también que el 22 de enero de 2015, **tres días después**, OBC informó sobre el levantamiento de dichas restricciones. **Así pues, OBC cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales**”.*

⁹² Cuaderno de pruebas No. 6. Folios 288-289.

⁹³ Cuaderno de pruebas No. 6. Folios 306-307.

⁹⁴ Cuaderno de pruebas No. 6. Folios 374-375.

⁹⁵ Cuaderno de pruebas No. 6. Folio 376.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Observa el Tribunal que en supuestos como los que se han reseñado en este grupo de eventos justificados, si bien la duración de la suspensión del servicio no eliminaba la obligación de notificar el evento o de remitir la información con los detalles del acontecimiento, es también cierto que ante una suspensión de tres días, o de corta duración, no ameritaría informaciones específicas sobre las labores de mitigación de costos o sobre los pormenores de las reparaciones.

d. Situaciones en las que la información sobre los eventos justificados fue discutida en la Junta Directiva de OBC y en otros órganos en los que participaban las partes.

Frente a los eventos que en la demanda se clasificaron como eventos justificados en los que, según la convocante, OBC no proporcionó la información detallada de su ocurrencia, incumpliendo así con los deberes derivados de la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario, la convocada expresó que en reiteradas ocasiones dicha información fue suministrada y discutida en reuniones de diferentes órganos de OBC, tales como la Junta Directiva y el Comité Operativo.⁹⁶

Así ocurrió, por ejemplo, en el evento “Cráter en el punto 221+025 del Oleoducto Bicentenario”. Allí, la convocante expresó lo siguiente:

“Ecopetrol notificó como un evento justificado, mediante la comunicación Bicentenario-008-2014 del 9 de abril de 2014, que se registró una explosión que causó un cráter en el punto 221+025 del oleoducto Bicentenario. Esta situación fue informada por OBC mediante la comunicación Aviso y levantamiento de evento justificado en PK 221+025 de Oleoducto Bicentenario del 25 de abril de 2014 radicada en las oficinas de CECSA el 2 de mayo. En esta comunicación señaló que: “No obstante lo anterior, el Oleoducto Caño Limón – Coveñas presenta desde el 25 de marzo de 2014 eventos justificado (sic) que aún no han sido superados, los cuales imposibilitan temporalmente el cumplimiento de las obligaciones de Bicentenario establecidas en el Contrato de Transporte entre las Estaciones

⁹⁶ Ver, por ejemplo, “Cráteres en los puntos KM222+000 y 218+500 del Oleoducto Bicentenario”, “Afectaciones en varios puntos del Oleoducto Bicentenario” y “Atentado terrorista en el punto 212+260 del Oleoducto Bicentenario”.

Araguaney y Banadía (subrayado fuera de texto); igualmente, confirmo (sic) su compromiso a mantener informado al remitente sobre el estado de las reparaciones (sección 8.03 (b) del Contrato).

Respecto a la obligación contenida en la sección 8.03 (a) del Contrato, sobre informar en los 5 días siguientes sobre todos los detalles relacionados con el hecho, es decir, la gravedad del daño, las causas, el tiempo estimado para su reparación, entre otros, OBC no proporcionó ninguna información relacionada con esto en el plazo establecido y no suministró prueba alguna de los hechos alegados.

En cuanto a la obligación de informar sobre el estado de las reparaciones (sección 8.03 (b) del Contrato), OBC se limitó a informar mediante correo electrónico del 18 de abril que las reparaciones habían finalizado, y el sistema estaba disponible para prestar el servicio”.

Sobre el particular, la convocada expresó lo siguiente en su escrito de contestación a la demanda: “(...) Y también quiero resaltar que **OBC** siempre mantuvo informados a sus remitentes sobre el estado de la operación e, incluso, en la Junta Directiva No. 48 del 25 de abril de 2014 se hizo un pormenorizado recuento del estado de las reparaciones -acta cuyo conocimiento pudo haber sido obtenido mediante el ejercicio del derecho de inspección-“.

Similar situación se presentó en el evento denominado “Atentados terroristas en PK212+000, 197+280, 165+480 y 209+100 Oleoducto Bicentenario”.

La convocante afirmó sobre este evento que el 22 de febrero de 2014, OBC dio aviso oficial de la ocurrencia de un evento justificado. Sin embargo, según la convocante, OBC no observó la obligación de la cláusula 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario al no remitir información detallada sobre el evento dentro de los cinco (5) días siguientes.

En la contestación de la demanda, la convocada manifestó que, además de una serie de comunicaciones remitidas, “(...) en la reunión del Comité Operativo de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

OBC del 19 de marzo de 2014, fue discutido y analizado con todo detalle el estado de las reparaciones y otra información relacionada con estos atentados”.

Más adelante en el mismo escrito, la convocada expresó que “(...) contrario a lo que afirma CECSA, en las Juntas Directivas No. 47 y 49, celebradas el 17 de marzo y el 23 de abril del 2014 respectivamente, no solo se explicaron con todo detalle las causas de los Eventos Justificados, las afectaciones concretas que ellos habían causado, el estado de las reparaciones, las alarmas a intrusos reportadas antes de la ocurrencia de los hechos, las lecciones aprendidas, las medidas adicionales a tomar para mitigar los riesgos, entre muchas (sic) otros aspectos, sino que ellos se ilustraron de manera por demás descriptiva en el siguiente mapa (así como en innumerables fotografías que corroboran el dicho de OBC) -a las cuales podían acceder mediante el simple uso del derecho de inspección-”.

Respecto de la información suministrada en los órganos sociales, como la Junta Directiva de la sociedad, o en el seno del Comité Operativo, estima el Tribunal que dichos procedimientos no sustituían la información que OBC debía brindar a CECSA según el Contrato. Al respecto, basta destacar la declaración del señor Alfredo Grüber Huncal, postulado por los socios minoritarios como miembro de la Junta Directiva, quien al ser indagado sobre este tema precisó que si bien en ese organismo se informaba sobre los eventos justificados y las labores que se realizaban para restablecer el servicio, señaló que él no informó de manera formal a CECSA lo que en la Junta Directiva se mencionaba al respecto, pues esa no era una función que se le hubiera asignado.⁹⁷

En cuanto a lo ocurrido en el Comité Operativo, que, según las declaraciones de los testigos, era el escenario en el que con mayor frecuencia y detalle se informaba sobre los eventos justificados, el Tribunal destaca que a las reuniones de dicho organismo no acudió un representante formal de CECSA, tal y como lo declaró el testigo Orlando Francisco Mendigaña.⁹⁸

e. Situaciones en las que OBC suministró la información de manera extemporánea, o no la suministró.

⁹⁷ Declaración de Alfredo Grüber (Cuaderno de Pruebas N° 13 folio 252)

⁹⁸ Declaración de Orlando Francisco Mendigaña (Cuaderno de Pruebas N° 13 folio 236)

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Examinadas las pruebas obrantes en el expediente, observa el Tribunal que, en otras ocasiones, OBC no notificó la ocurrencia del evento justificado en las 24 horas siguientes, o no suministró de manera oportuna – en los 5 días siguientes- la información detallada sobre los eventos justificados que alegó a lo largo de la ejecución del contrato.⁹⁹

Como ejemplo de esta situación, el Tribunal destaca el evento que en la demanda se identificó como “Atentado en el punto 397+960 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”. La convocante afirmó, al respecto, lo siguiente:

“Ecopetrol notificó como un evento justificado, mediante la comunicación 242000-1961 del 2 de abril de 2014, una en el punto 397+960 del oleoducto Caño Limón-Coveñas, ocurrida en el día anterior.

“Al respecto, CENIT informó sobre el estado de este y otros eventos justificados el 4 de abril de 2014 mediante correo electrónico, y adjuntó las declaratorias de evento justificado hechas por Ecopetrol.

“Oficialmente, Ecopetrol notificó el levantamiento del evento justificado mediante comunicación 242000-1980 del 26 de mayo de 2014, en donde hizo un recuento de las obras de reparación finalizadas. Este documento fue enviado como adjunto por CENIT en correo electrónico del 9 de junio de 2014.

“Sobre este evento OBC no informó a los remitentes”.

La convocada, dando respuesta a lo anterior, expresó lo siguiente (Subraya y resalta el Tribunal):

⁹⁹ Al respecto, ver los eventos “Atentado terrorista en el punto 212+260 del oleoducto Bicentenario”, “Atentado en el KM 128 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”, “Atentado en los KM 400, 414 y 331 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas” y “Atentado en el KM 111 del Oleoducto Caño Limón-Coveñas”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*“El evento al que hace alusión la Convocante **ciertamente implicó la suspensión de la operación de Bicentenario** porque, como he anotado anteriormente, los daños ocasionados a la infraestructura del Oleoducto Caño Limón-Coveñas seguían manteniendo en suspenso la prestación del servicio de transporte en el Oleoducto Bicentenario, a pesar de que en este último las reparaciones habían sido ya finalizadas el 18 de abril de 2014. Por lo tanto, la posibilidad de dar cumplimiento al Programa de Transporte de Oleoducto Bicentenario se mantenía suspendida.*

“El restablecimiento de la operación del Oleoducto Caño Limón-Coveñas tan solo pudo hacerse el 25 de mayo de 2014, fecha en la que la Gerencia de Oleoductos de ECOPETROL pudo acceder a las zonas afectadas por los atentados. Esta demora no fue gratuita ni deliberada.

*“Ocurre que, hacia finales de marzo, todo abril y parte de mayo del 2014, la comunidad indígena de los Uwa bloqueó la entrada de cualquier trabajador de ECOPETROL a los sectores que presentaban afectaciones con el fin de que pudieran adelantarse las obras. **Sorprende que CECSA, con los conocimientos que tiene en materia de hidrocarburos y por su especial cercanía a la situación de orden público del país, olvide mencionarlo.***

“Este hecho, ampliamente divulgado y conocido, quedó consignado en diversas noticias de diarios de amplia circulación nacional (...)”

Es evidente para el Tribunal que OBC faltó a su obligación de información en esta oportunidad. En efecto, por haber ocurrido un evento que implicó la suspensión del servicio de transporte en el Oleoducto Bicentenario, tal y como lo reconoció la convocada, era su obligación notificar tal situación y no conformarse con las informaciones transmitidas por Ecopetrol con quien los remitentes no tenían vinculación contractual, así como suministrar la información detallada sobre el evento, no obstante que tal suceso hubiera sido ampliamente divulgado y conocido en medios de comunicación.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

De la misma forma, el evento que en la demanda se denominó “Cráter en el punto 221+025 del Oleoducto Bicentenario” también significó, a juicio del Tribunal, un incumplimiento a la obligación de información por parte de OBC.

La convocante en su demanda expresó lo siguiente al respecto:

“Ecopetrol notificó como un evento justificado, mediante la comunicación Bicentenario-008-2014 del 9 de abril de 2014, que se registró una explosión que causó un cráter en el punto 221+025 del oleoducto Bicentenario. Esta situación fue informada por OBC mediante la comunicación Aviso y levantamiento de evento justificado en PK 221+025 de Oleoducto Bicentenario del 25 de abril de 2014 radicada en las oficinas de CECSA el 2 de mayo. En esta comunicación señaló que: “No obstante lo anterior, el Oleoducto Caño Limón – Coveñas presenta desde el 25 de marzo de 2014 eventos justificado (sic) que aún no han sido superados, los cuales imposibilitan temporalmente el cumplimiento de las obligaciones de Bicentenario establecidas en el Contrato de Transporte entre las Estaciones Araguaney y Banadía (subrayado fuera de texto); igualmente, confirmo (sic) su compromiso a mantener informado al remitente sobre el estado de las reparaciones (sección 8.03 (b) del Contrato).

Respecto a la obligación contenida en la sección 8.03 (a) del Contrato, sobre informar en los 5 días siguientes sobre todos los detalles relacionados con el hecho, es decir, la gravedad del daño, las causas, el tiempo estimado para su reparación, entre otros, OBC no proporcionó ninguna información relacionada con esto en el plazo establecido y no suministró prueba alguna de los hechos alegados.

En cuanto a la obligación de informar sobre el estado de las reparaciones (sección 8.03 (b) del Contrato), OBC se limitó a informar mediante correo electrónico del 18 de abril que las reparaciones

habían finalizado, y el sistema estaba disponible para prestar el servicio”.

A propósito de este evento, observa el Tribunal que OBC conoció la situación el día 10 de abril de 2014¹⁰⁰. Sin embargo, no hay registro de que la convocada hubiera notificado a CECSA la ocurrencia del suceso dentro de las 24 horas siguientes. Solo hasta el 18 de abril de 2014 -esto es, al sexto día hábil contado a partir del día siguiente al del conocimiento del evento-, la convocada envió un correo electrónico informando el estado de las reparaciones del punto afectado. Se observa entonces, sin asomo de duda, que OBC faltó a su deber de notificar al ocurrencia del evento dentro del día siguiente a la ocurrencia del mismo.

2.3.1.4. Conclusiones del Tribunal sobre el incumplimiento del deber de notificar y acreditar todos los detalles sobre la ocurrencia de los eventos justificados, en los estrictos términos contractuales.

Parte el Tribunal de considerar, como ya lo ha anticipado, que no encuentra en el contrato celebrado entre las partes, ni en sus modificaciones, la necesidad de probar los “eventos justificados”, sino la de informarlos con todo detalle.

Está claro que, como reza la ley, los contratos deben cumplirse en la forma y tiempo debidos. Por consiguiente, en principio, si se pactó la necesidad de OBC de informar a los remitentes, entre ellos a CECSA, la ocurrencia de los denominados eventos justificados, dentro de un plazo perentorio y con todos los detalles respectivos, OBC habría incumplido esta obligación al no dar toda la información requerida y al no darla de la manera contractualmente establecida.

Para este estudio el Tribunal tendrá en cuenta las siguientes consideraciones particulares sobre este tema:

a. Antes de reflexionar si en esta materia el contrato se incumplió o no y si el pretendido incumplimiento puede considerarse como de la suficiente entidad para merecer el calificativo de resolutorio, es decir, capaz de conducir a la terminación de lo pactado con las respectivas consecuencias indemnizatorias o

¹⁰⁰ Cuaderno de Pruebas No. 6. Folios 150-151.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

si, como se pretende también en la demanda, pero por razones distintas, OBC está obligada a suministrar el servicio de transporte de crudo que no ha prestado en virtud de los llamados eventos justificados, conviene estudiar los alcances de estas expresiones.

Como ocurre en toda obligación, el deudor está comprometido a cumplir con las prestaciones a su cargo, mientras no existan circunstancias que lo liberen de este débito, por resultarle imposible el cumplimiento respectivo. Es proverbial el viejo adagio de que “*a lo imposible nadie está obligado*”. Como reza la última parte del artículo 1518 del Código Civil, aplicable a esta materia mercantil por la remisión general que deriva del artículo 822 del Código de Comercio, es menester que el objeto, es decir, aquello a lo que se obliga el deudor, sea física y moralmente posible. Esta exigencia de posibilidad debe cubrir, no solamente el nacimiento de las obligaciones, sino igualmente el tiempo en que debe producirse su cumplimiento. La fuerza mayor y el caso fortuito, entre otras circunstancias que exoneran de los deberes respectivos, llevan a que le resulte imposible al deudor satisfacer las prestaciones a su cargo.

Se estableció en el contrato cuyo desarrollo ha llevado a la controversia que se desata, que el deudor, es decir, OBC, respecto del deber de transporte del crudo, fuera liberado, a lo menos temporalmente en un principio, en presencia de eventos que podrían englobarse en la denominación de “factor extraño”, utilizándose para estos hechos la expresión sustitutiva de “eventos justificados”, pero sin que aparezca por parte alguna que dicha expresión mitiga las exigencias liberatorias de la fuerza mayor o, en general, de la causa extraña. Por el contrario, en alguna parte del contrato se hacen equivalentes las dos denominaciones. La redacción de contrato permite colegir que las partes encontraron equivalentes las dos formas de referirse a los hechos impeditivos. Sin embargo de este giro lingüístico, no encuentra el Tribunal que la intención de las partes haya sido diferente de la de exculpar el deber de transporte por razones contractualmente establecidas diferentes de la propia fuerza mayor. Siendo los eventos justificados aquellos que impiden de manera absoluta, sin culpa de OBC, el transporte del crudo y debiendo ser, no solamente cosas que ocurren al margen de los deberes y de la diligencia del deudor, impidiéndole de manera invencible e irresistible el cumplimiento de sus obligaciones, para el Tribunal está claro que la necesidad de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

que dichos eventos sean justificados equivale para OBC a una fuerza mayor –o, en general, a un factor extraño-, así se hayan parcialmente empleado expresiones diferentes.

No parece posible entender que con el uso de esta expresión se hubiera querido consagrar de manera contractual algo diferente, posiblemente un hecho menos grave que una verdadera fuerza mayor, porque necesariamente estos eventos se refieren a la imposibilidad de transportar el crudo, a la necesidad de que sean justificados, esto es, ajenos a la voluntad del deudor y con la suficiente gravedad para impedirle cumplir con sus obligaciones.

Por todo lo anterior, está claro para el Tribunal que las partes quisieron establecer contractualmente algo que, en todo caso, deriva del régimen mismo de las obligaciones, así no se hubiera pactado.

Por las razones anotadas es lógico que la demanda no haya pretendido invocar el incumplimiento en la obligación de transporte del crudo, al menos no al margen de los problemas de falta de información, sino muy principalmente las deficiencias de ésta sobre los eventos justificados, con el rigor que debió revestir la atención a este deber.

Primeramente el Tribunal entra a analizar si, en caso de haberse dado esta falta de cumplimiento de lo pactado, dicho incumplimiento sería suficiente para resolver el contrato o si, por el contrario, el único camino para CECSA habría sido exigir forzosamente la satisfacción de la conducta debida y no atendida de la manera pactada, es decir, el transporte del crudo que se hizo transitoriamente imposible, tal como rezan algunas de sus pretensiones, en particular la subsidiaria número cinco, en tanto no tendría sentido pedir la información faltante en el pasado, encontrándonos en esta etapa de las relaciones contractuales.

Por regla general lo propio de una fuerza mayor de carácter temporal no es liberar al obligado de sus obligaciones, sino aplazarle su satisfacción, que es lo que podría ocurrir en el caso cuyo estudio se adelanta, de no haber mediado los ajustes contractuales derivados del Otrosí No. 2, como ya se ha indicado y adelante se precisará.

El llamado incumplimiento resolutorio, que proviene de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, uno de los más modernos instrumentos del derecho privado, así como de la última versión de los denominados PRINCIPIOS DE UNIDROIT, debe ser, en los términos de dicha Convención y de dicho texto de principios, de carácter esencial, expresión esta última que, en nuestro lenguaje, va sin duda más allá de lo querido por los instrumentos internacionales mencionados. En efecto, lo esencial es aquello que altera la sustancia misma de lo pactado, no lo simplemente importante. Sin embargo de que se mitiguen los alcances del término, como en ocasiones ocurre, debe entenderse, en todo caso, que dicho incumplimiento sea importante, de tal manera que incida de forma seria sobre la intencionalidad de las partes. De no darse dicha gravedad, no podría el contratante que alega un incumplimiento pretender la resolución o la terminación de lo pactado, sino exigir el cumplimiento de aquello que, según él, faltó en la atención de las obligaciones de su deudor.

Sobre este particular, entre otras decisiones, se ha expresado así la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del Juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra”¹⁰¹.

En otra oportunidad, se pronunció de la siguiente manera:

“(.....), es bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de septiembre de 1984.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.).

“Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del “programa obligacional” previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

“En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento (...), determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.”

(...)

“ (...) la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato. Contrario sensu, si las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la ejecución retardada de las obligaciones del contratante demandado no presenta características como las anteriormente mencionadas, en cuyo caso, se precisa, se puede considerar que el incumplimiento no tiene la gravedad o la entidad como para ser considerado un incumplimiento resolutorio, criterios como la equidad o la prevención del abuso del derecho, y la aplicación del principio de conservación de los contratos, hacen aconsejable que no se deba estimar la pretensión resolutoria en esas condiciones puesta a consideración de la administración de justicia.”¹⁰².

La obra de Valencia Zea y Ortiz Monsalve¹⁰³ se refiere a la distinción entre incumplimiento, de que trata el artículo 1613 del Código Civil, y el cumplimiento imperfecto o retardado, igualmente citados en la misma norma. Por lo tanto, si bien no respecto de sus consecuencias, es claro que el régimen civil diferenció el incumplimiento sustancial o importante de aquel que no lo es propiamente. Lástima grande que debió pasar mucho más de un siglo para que llegáramos a la conclusión de que es necesario diferenciar estas dos situaciones y que sus consecuencias son frontalmente diversas.

El punto es que antes de que se advertiera la diferencia que puede existir respecto de la consideración del incumplimiento en relación con el ejercicio de los distintos derechos de los acreedores (cumplimiento, resolución, etc.), tanto la

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia de 18 de diciembre de 2009. Radicación 41001-3103-004-1996-09616-01.

¹⁰³ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, “De las Obligaciones”, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2015.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

doctrina como la jurisprudencia habían hecho énfasis en las disposiciones del Código Civil en las cuales se sostiene, primeramente, que “*el pago se hará bajo todos respectos en conformidad con el tenor de la obligación*”, añadiendo que “*el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida*”. Por otra parte, con frecuencia se invocó igualmente la regla según la cual “*el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria (...)*”¹⁰⁴. Es evidente que todas esas normas son relevantes para determinar cuándo se cumple la obligación o cuándo puede el acreedor abstenerse de recibir lo ofrecido, pero no necesariamente determinan que en todos los supuestos de separación del deudor respecto de lo pactado el acreedor pueda solicitar la terminación del contrato.

En ese contexto, hoy se entiende la primera de estas reglas en el sentido de que, evidentemente, el deudor no puede constreñir al acreedor a que reciba algo diverso, salvo el acuerdo de dación en pago, en el cual interviene necesariamente la voluntad de dicho acreedor, pero que cuando se le entrega algo ligeramente inferior en número o en calidad o con cierto retardo, no necesariamente se está constreñiendo al acreedor a recibir cosa distinta, sino apenas la misma en condiciones no totalmente concordantes con lo pactado, situación esta que debe analizarse en el contexto de la ejecución de buena fe de los contratos y de la prevención del abuso del derecho. Igualmente, siendo cierto que el acreedor no está obligado a aceptar un pago parcial, también lo es que cuando falta apenas una porción mínima de dicho pago, lo que corresponde, en un contexto de buena fe y de prevención del abuso contractual, es que el acreedor exija el resto, sin rechazar el pago sustancial que, en últimas, a pesar de la diferencia cuantitativa, corresponde en lo fundamental a aquello pretendido por el acreedor, y sin que proceda, obviamente, la acción resolutoria.

El artículo 1455 del Código Civil italiano establece expresamente que el contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia en función del interés del respectivo acreedor.

¹⁰⁴ Artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

El principio de preservación del negocio jurídico, que tiene asidero claro en normas como los artículos 865, 902, 903 y muy particularmente 904 del Código de Comercio, lleva a dar primacía, en la medida de lo posible, a la conservación de la voluntad contractual, aquello a lo cual las partes quisieron al vincularse, no destruyendo dicha voluntad ante accidentes o incidentes muy propios de una ejecución importante y de largo alcance.

b. La doctrina ha definido el deber de información como el de “(...) *dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido a las obligaciones a cargo, bajo los postulados de la buena fe*”.¹⁰⁵

Como es suficientemente conocido, el deber de información, en cualquiera de las etapas del *iter* contractual, se integra al contenido contractual en virtud del principio de buena fe (arts. 1603 del C. de Co. y 871 del C. de Co.) y adquiere la caracterización de un deber secundario o complementario de conducta. Puede ocurrir, igualmente, que las partes acuerden el pacto expreso de una obligación de información como una de las prestaciones objeto del contrato, caso en el cual el principio de la buena fe ya no cumpliría su papel en materia de integración del contenido del negocio jurídico, sino como un verdadero criterio de valoración de las actuaciones de las partes en la ejecución del contrato, así como un parámetro para la interpretación de la voluntad contractual. Esto significa, como es apenas lógico, que en caso de que exista una cláusula contractual relativa a la información que ha de suministrarse entre los contratantes, la fuente principal a la cual se debe acudir para su estudio es la respectiva estipulación contractual, bajo la óptica de los postulados de la buena fe.

¹⁰⁵ Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. *El deber de información contractual y sus límites*. Revista de Derecho Privado No. 21. Universidad Externado de Colombia. (2011). P. 329.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Ante la existencia de una cláusula contractual de información, teniendo en cuenta que el principio de la buena fe se orienta a exigir de las partes lealtad y rectitud en la celebración y ejecución del negocio, en el sentido de que sea posible la satisfacción mutua de intereses¹⁰⁶, corresponde al juez del contrato evaluar si la referida estipulación permite la satisfacción del negocio conforme a los intereses de las partes. Para el efecto, corresponde analizar en primer lugar el alcance que las partes le hubieren dado como primer elemento de valoración. Esto es, analizar los términos convenidos, los efectos dados a su observancia, y la ejecución que se le haya dado a la misma.

En materia arbitral se ha señalado que el criterio determinante para establecer el cumplimiento o no de la obligación de información, consiste en determinar si la información que el deudor ha suministrado al acreedor ha sido idónea. Para alcanzar la idoneidad, cuestión que exige precisión, la información debe contener *“todo elemento susceptible de llevar al acreedor a una reacción, en el sentido de que si hubiera conocido la información, hubiere actuado diferentemente, es decir, que por ejemplo, no hubiera concluido el contrato o hubiera entendido sus cláusulas de manera diferente para obtener una correcta ejecución del mismo”*.¹⁰⁷ A esta exigencia de idoneidad, se agregan, igualmente, los requisitos de claridad o transparencia y de oportunidad. Por su parte, la doctrina nacional ha sostenido que *“la extensión del deber de informar (...) puede y debe establecerse con el conocimiento y examen de las circunstancias, las expectativas, los riesgos y seguridades del negocio propuesto”*.¹⁰⁸

Como corolario de lo anterior, es claro que no existe una fórmula unívoca para determinar el cumplimiento de la obligación de información en un contrato. Lo que se debe hacer, en consecuencia, es examinar las circunstancias particulares caso a caso, para identificar los criterios anteriormente expuestos y, así, arribar a

¹⁰⁶ Neme Villareal, Martha Lucía. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. Revista de Derecho Privado No. 11. Universidad Externado de Colombia. (2006). P.92.

¹⁰⁷ Tribunal de Arbitramento. Change Consulting Group v. Obras Especiales (OBRESCA). Laudo del 5 de mayo de 2016. Árbitros: Hernán Fabio López (presidente), Juan Carlos Henao y Luis Hernando Parra.

¹⁰⁸ Cubides Camacho, Jorge. Los deberes de la buena fe contractual en obra colectiva: Realidades y tendencias del derecho en el siglo XII, Tomo IV. Ed., Temis & Pontificia Universidad Javeriana. (2010) P. 255.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

una conclusión al respecto. Valga decir, que el anterior ejercicio debe realizarse a la luz de los postulados de la buena fe.

Por último, debe mencionar el Tribunal que la obligación de información incluye un segundo componente, distinto a la mera obligación de hacer a cargo del acreedor. El acreedor debe, por su parte, propender por informarse. Al respecto, el profesor Jorge Camacho Cubides ha sido enfático en sostener que el deber de información debe ser cumplido en los dos sentidos referidos: *"(…) suministrando cada parte a la otra la información que estime adecuada y suficiente para que pueda quedar enterada de las circunstancias en que sería celebrado el contrato, de las expectativas que puede abrigar con su celebración, los riesgos que puede correr, las garantías o seguridades con que puede contar; y por otro lado, que no siempre se valora adecuadamente, informándose cada parte a sí misma de tales circunstancias, expectativas, riesgos y seguridades, de manera que si con la información recibida no alcanza a quedar suficientemente enterada, investigue, pregunte y busque identificar los factores y elementos que, con los recibidos, le permitan alcanzar la suficiencia de información"*.¹⁰⁹

c) Ahora bien, según se puede observar del análisis realizado por el Tribunal respecto del distintos supuestos en los que se han agrupado los eventos justificados mencionados en el hecho 14 de la demanda, y evaluadas las argumentaciones de las partes y el material probatorio obrante en el proceso, el Tribunal concluye que OBC no dio cumplimiento estricto a los deberes de conducta incorporados en la cláusula 8.03, letras (a) y (b), del Contrato de Transporte Bicentenario, pues en ocasiones no notificó los eventos justificados en las veinticuatro (24) horas siguientes a su conocimiento de los hechos, o no suministró *"todos los "detalles"* de tales acontecimientos en los cinco (5) días siguientes, o tampoco informó de las labores de reparación o mitigación que se realizaron.

En todo caso, el Tribunal también concluye que en la mayoría de los supuestos analizados se observa un cumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones a que se ha hecho referencia, más no un incumplimiento total de los compromisos arriba mencionados. Obsérvese que en la mayoría de los supuestos analizados la

¹⁰⁹ *Ibidem*.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

información, así fuera en forma tardía, se suministró y las obras de reparación se realizaron, a lo que debe agregarse que las circunstancias particulares de los eventos justificados a que se ha hecho referencia, en su mayoría atentados perpetrados por grupos al margen de la Ley, dificultaban el cumplimiento riguroso de los deberes contractuales objeto de análisis.

Dentro del entendimiento al que ha llegado el Tribunal sobre la entidad que debe tener el incumplimiento para dar paso a la aniquilación del contrato, no encuentra este panel arbitral que los alegados incumplimientos por parte de OBC tengan la entidad suficiente para destruir lo pactado. En efecto, habiéndose concluido que, en general, hubo un cumplimiento imperfecto o tardío de las obligaciones, se impone el interrogante de en qué grado y en qué medida dicho incumplimiento afectó los intereses y las pretensiones de la convocante. Según ya se ha concluido, si bien la información suministrada no cumplió con el requisito de oportunidad, bien puede considerarse que ella fue idónea y clara, toda vez que lo comunicado por OBC, y en algunos casos por CENIT, daba a CECSA suficientes elementos de juicio para adoptar decisiones. El Tribunal parte de admitir que dichos avisos pretendían que los remitentes pudieran programar sus operaciones frente a la imposibilidad de transporte del crudo en la forma pactada. Igualmente, que a través de ellos los remitentes pudieran juzgar la conducta de la entidad deudora del servicio de transporte. Sin embargo, no considera el Tribunal que las deficiencias en dichos avisos hayan afectado los intereses de los mencionados remitentes al impedirles organizar sus actividades, sufriendo perjuicios o sobrecostos de importancia, no por la necesidad de valerse de otros medios de transporte, sino porque al desconocer lo ocurrido, con el detalle pactado, no estuvieron en condiciones de atender debidamente a sus intereses. Al menos, no resulta del material probatorio arrojado al expediente que estos perjuicios se hubieran producido, menos aún que hayan sido adecuadamente valorados.

Tampoco considera el Tribunal que OBC haya faltado al deber de mitigar las consecuencias de los “eventos justificados”, no buscando una reparación pronta de los daños producidos, advirtiendo con oportunidad a los remitentes la oportunidad de reanudación del servicio, tomando las medidas necesarias dentro de la órbita de sus posibilidades para que hechos semejantes no se repitieran,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

aceptando con la mayor rapidez posible atender a sus compromisos, etc. Hechos como los anteriores, si bien fueron invocados por la parte demandante, no entraron a ser discutidos procesalmente en la forma debida. En todo caso, no aparecen demostrados los perjuicios que pudieran haberse producido por unas eventuales faltas al deber de mitigación, si eso efectivamente hubiera ocurrido.

No se niega en forma alguna el interés de los remitentes en conocer lo ocurrido, pero cabe la pregunta de si el desconocimiento parcial, insuficiente o extemporáneo de los hechos que se calificaron como “eventos justificados”, causó un daño importante en los intereses de los remitentes, particularmente de CECSA. Si lo anterior se produjo de alguna manera, habría que concluir que tales daños no fueron objeto de demostración para afirmar su existencia y sus consecuencias sobre el mantenimiento de lo pactado.

d. Seguidamente, debe considerarse que la mayoría de los “eventos justificados” ocurrió en un oleoducto distinto, el Oleoducto Caño Limón-Coveñas, de manera tal que no puede imputarse a OBC una falta de información oportuna y detallada de dichos eventos para aplicarle el rigor con el que aquella se exigiría de lo ocurrido en el Oleoducto Bicentenario, en tanto dichos eventos, si bien afectaban en la mayoría de ocasiones el flujo del crudo, ocurrieron en una operación distinta, ajena al control de OBC y respecto de un contrato diferente que, según lo antes afirmado, no obliga a OBC, no obstante la evidente coligación existente entre ellos.

Por lo demás, encuentra el Tribunal que, en varias oportunidades, tal como consta en el expediente, así como fue confesado en la demanda presentada, OBC o CENIT advirtieron la ocurrencia de los hechos que le impedían cumplir con la obligación de transporte del crudo y que, en varias de dichas ocasiones, lo hicieron con mención de los detalles conocidos del caso. No es posible advertir a la luz de las pruebas existentes que este deber de información se haya cumplido en todas las oportunidades con el rigor contractualmente establecido o en los rigurosos plazos allí determinados, pero si es posible afirmar que no es cierto que nunca se hubiera atendido debidamente. Súmese a lo anterior que el término de los cinco días para rendir la información que se echa de menos en muchos casos no era posible, por la necesidad, debidamente establecida a través de las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

pruebas testimoniales y de los informes de la fuerza pública, de “asegurar” el área para impedir que el evento sirviera de carnada para ataques de la subversión a quienes acudieran al sitio respectivo.

d. Adicionalmente debe considerar el Tribunal que la operación del oleoducto comprendió, además de dos últimos meses del año 2013, los años de 2014, 2015, 2016 y 2017, sin que aparezca durante ellos, excepto en los dos últimos, un reclamo por parte de CECSA derivado de la forma y oportunidad como se estaban rindiendo los informes contractualmente establecidos. Es verdad que la parte convocante afirma que reclamó desde el año 2015, pero se trata de un dicho suyo que no aparece probado en los autos y que, en esta condición, no le es dable al Tribunal pronunciarse sobre él, pues las primeras manifestaciones que se realizan respecto del tema de la notificación de los eventos justificados se efectúan en el mes de junio de 2016, como lo admite la misma parte convocada en la contestación de la demanda.¹¹⁰

En ese sentido, el silencio y la inactividad de la demandante, contra el cual no se probó suficientemente, produce consecuencias importantes sobre la verdadera intencionalidad de las partes. Esta debe ser examinada, más que a la luz del contenido de un documento inicial, en sus relaciones a través de la ejecución contractual, mediante la manera como dichas partes dieron cumplimiento a lo pactado entre ellas. No se desconoce la importancia de los textos negociales, sin embargo de lo cual no es posible negar que la conducta de las partes resulta mucho más importante para determinar su verdadera intencionalidad y la importancia relativa de las obligaciones adquiridas. Por sobre el contenido frío de un texto contractual, debe primar la experiencia viva de la conducta de los contratantes. El primero resulta las más de las veces un mero producto de laboratorio, obra de abogados raramente entendidos en las incidencias de lo pactado, mientras que la forma como las partes desarrollan sus compromisos responde a la manera como ellas, durante este desarrollo, entendieron dichos compromisos y sus alcances.

Este es el sentido de la última parte del artículo 1622 del Código Civil, norma que para el Tribunal resulta muy importante para valorar esa intencionalidad que está

¹¹⁰ Cuaderno Principal 1 Folio 326

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

a la base de todo negocio jurídico. Esta última parte establece que las cláusulas de un contrato, disposición que debe extenderse a la importancia relativa que las partes hayan dado a dichas cláusulas, hay que interpretarlas en función de la aplicación práctica que se haya hecho de ellas en el curso de la ejecución contractual.

En esta misma dirección el derecho norteamericano ha desarrollado la figura del “*stoppel*”, según la cual no puede alegarse en juicio algo diferente de la conducta que se haya desplegado durante la ejecución de lo pactado, por la misma parte que pretende dicha alegación. A esta tesis se suma la denominada “*clean hands*”, no muy lejana de la anterior, es decir, que no es propio que alguien pretenda en juicio ir contra aquello que toleró en la práctica. El derecho administrativo ha desarrollado ampliamente la tesis de la confianza legítima, según la cual, cuando una entidad estatal haya hecho creer a los particulares que un determinado comportamiento debe adelantarse o que es aceptable, no puede luego reclamarles que se hayan atendido a dicha circunstancia. Y en materia civil, no se puede desconocer la importancia que ha adquirido la doctrina de los actos propios, derivada de la necesaria observancia del deber de buena fe, y de la coherencia que las partes deben observar en sus relaciones con relevancia para el derecho.

Los eventuales reclamos de la parte convocante, uno de ellos admitido por el abogado de la demandada, no bastan para derribar las consideraciones anteriores, toda vez que dicha parte convocante persistió en la ejecución contractual, dando a entender con dicha persistencia que los hechos contra los cuales reclamaba no tenían para ella la entidad suficiente para montar sobre ellos un reclamo, como sí lo hizo posteriormente, al cabo de una larga tolerancia, ni para aplicar el artículo 1609 del Código Civil, invocando la “*exceptio non adimpleti contractus*”, suspendiendo por su parte la ejecución de lo pactado ante la consideración de un incumplimiento relevante del otro contratante.

Todo lo anterior viene a centrarse en nuestro régimen de derecho privado en la doctrina de no volver sobre los propios actos, suficientemente admitida en instrumentos internacionales y en nuestra jurisprudencia.

Así las cosas, si las partes en este conflicto que ahora se resuelve trabajaron, por varios años, sin que al tema de los detalles en la información relativa a los “eventos justificados” se le diera la importancia que ahora se le pretende dar, no resulta de recibo que en esta controversia se pretenda ahora que las posibles deficiencias en la información respectiva resultan suficientemente relevantes para que sobre ellas se edifique un incumplimiento contractual con las consecuencias consiguientes. Menos aún, que dichas deficiencias impliquen un incumplimiento en la obligación de transporte del crudo. No puede confundirse un deber de información, con la necesidad de que dicha información pruebe la existencia de los hechos impositivos.

Aun partiendo de la base de que hayan existido reclamos sobre las deficiencias en la información relativa a los denominados “eventos justificados”, circunstancia que se repite no se encuentra suficientemente acreditada, al menos no con la importancia y con la advertencia de las consecuencias respectivas que eran de esperar, lo cierto es que la ejecución contractual se prolongó por largos años sin que dichas deficiencias hubieran dado lugar a las pretensiones que ahora se proponen. Por consiguiente, en tal caso se dio un allanamiento, al menos tácito, a la conducta de la parte demandada.

e. En consecuencia, concluye el Tribunal que, si bien OBC no cumplió con el rigor y la oportunidad pactados con su deber de notificar y acreditar los detalles sobre la ocurrencia de los eventos justificados, en los estrictos términos contractuales, pues la observancia de dichas obligaciones fue imperfecta o tardía, lo cierto es que dicho incumplimiento no puede calificarse como *resolutorio* en los términos a que arriba se hizo alusión.

2.3.2. Incumplimiento del deber de prestar el servicio de transporte, en aquellos casos en que éste no se prestó originalmente por causas no atribuibles al remitente.

El segundo incumplimiento que la convocante atribuye a la convocada, al que hacen referencia las pretensiones cuarta principal y cuarta subsidiaria de la demanda, está referido a que OBC habría incumplido el Contrato de Transporte Bicentenario por cuanto no habría prestado el servicio de transporte a favor de

CECSA, “correspondiente a la tarifa “transporte o pague” (“ship or pay”) pagada por el servicio que no pudo ser disfrutado en el tiempo y modo debidos”, en particular por cuanto CECSA considera que en los eventos en los que no pudo disfrutar del servicio “como consecuencia de eventos justificados alegados por OBC o por otros hechos no imputables a CECSA, este último tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente una vez cese el evento excusable que impidió temporalmente el transporte” (pretensión tercera principal y subsidiaria de la demanda).

2.3.2.1. Posiciones de las partes.

a. Posición de la convocante.

La convocante sostuvo durante el trámite que la ocurrencia de un evento justificado no podía significar, de ninguna manera, la extinción de la obligación de transporte de crudo a cargo de OBC. En efecto, la convocante insistió en que, si bien el Otrosí No. 2 implicó un cambio en la contabilidad de las tarifas pagadas por servicios de transporte no prestados por la ocurrencia de eventos justificados, dicha modificación nunca significó una convención extintiva de la obligación de transportar el crudo.

En suma, para la convocante, antes y después de la suscripción del Otrosí No. 2, la ocurrencia de un evento justificado nunca significó la extinción de la obligación de transportar el crudo a cargo de OBC.

b. Posición de la convocada.

La convocada manifestó que, con anterioridad a la celebración del Otrosí No. 2, la ocurrencia de un evento justificado no extinguía la obligación de transportar el crudo en cabeza de OBC cuando este no se había podido prestar en los supuestos de los eventos justificados. Sin embargo, advirtió con insistencia que, con la suscripción de la referida modificación contractual, las partes acordaron extinguir dicha obligación, en atención a la realidad económica del proyecto y al interés conjunto de sus socios.

La convocada expresó su posición en el escrito de alegatos de conclusión, así:

“El Otrosí No. 2 fue una convención por virtud de la cual se extinguieron las obligaciones de transporte pagadas y no prestadas como consecuencia de la ocurrencia de Eventos Justificados y de hechos no imputables a OBC que impidieron prestar el servicio en el tiempo y modo debidos. Como contrapartida de esa extinción, los remitentes recibieron siempre dividendos generados por la compañía que, sin el otrosí de marras, no hubiesen podido recibir”.

c. Posición del Ministerio Público.

Según lo expresó el Ministerio Público, luego de la suscripción del Otrosí No. 2, las partes acordaron que los eventos justificados sí eximirían a OBC de la prestación efectiva del servicio de transporte, sin que por ello CECSA pudiera eximirse del pago de la tarifa.

En efecto, señaló que “(...) si bien en la cláusula original –Sección 4.01 (c)- se determinó que los montos correspondientes a la tarifa que haya pagado el remitente conforme a lo establecido en la Sección 4.01 (b) se considerarían como anticipos de pago y se imputarían al pago del servicio, dicho acuerdo fue modificado mediante el Otro sí N° 2 del 28 de marzo de 2014 en los términos indicados, de modo que resulta inviable pretender el supuesto derecho a disfrutar de dicho servicio de transporte sin tener que pagarlo nuevamente”.

2.3.2.2. Efectos contractuales por la ocurrencia de eventos justificados, en particular sobre la subsistencia o no de la obligación de transportar los hidrocarburos.

Con el propósito de dilucidar el asunto anteriormente reseñado, resulta necesario que el Tribunal traiga a colación las consideraciones que realizó en acápites anteriores sobre el régimen establecido contractualmente respecto de los efectos que un evento justificado genera en cuanto al derecho del remitente a que se le preste el servicio una vez se superen las causas que hayan dado origen a la

mencionada situación, para luego descender al estudio de la pretensión materia de análisis.

a. Efectos en el régimen del Contrato de Transporte Bicentenario, celebrado el 20 de febrero de 2012.

Según se señaló en el acápite atinente al análisis de los contratos celebrados por las partes de esta controversia, en la cláusula 4 del Contrato de Transporte Bicentenario, las partes desarrollaron la forma en que debía remunerarse el servicio de transporte:

“Cláusula 4. Valor y Forma de Pago del Servicio.

“Sección 4.01 – Valor del Servicio:

“(a) El remitente se obliga a pagar a Bicentenario la Tarifa multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente y por el número de días del Mes Calendario correspondiente, independientemente de que la Nominación presentada por el Remitente en el correspondiente mes sea inferior a la Capacidad Contratada del Remitente e incluso cuando no haya nominado o transportado Barril alguno.

*“(b) En caso de que (i) la Fecha de Inicio del Pago de Tarifa ocurra antes que la Fecha de Inicio del Servicio y sólo respecto del período comprendido entre dichas fechas, el Remitente se obliga a pagar una suma equivalente a la Tarifa, multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente, por el número de Días del Mes Calendario correspondiente, aún a pesar del hecho de que no se haya iniciado la prestación del Servicio; o (ii) **durante el Plazo Ship or Pay se presente una suspensión en la prestación del Servicio, independientemente de si las causas son imputables a Bicentenario o se derivan de un Evento Justificado conforme a la Sección 8.03 del Contrato, el Remitente se obliga a pagar una suma equivalente a la Tarifa, multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente, por***

el número de Días durante los cuales persista la suspensión y aún a pesar del hecho de que durante ese período de suspensión no se esté prestando el Servicio; dichos pagos se les dará el tratamiento que se señala a continuación.

“(c) Los montos correspondientes a la Tarifa que haya pagado el Remitente conforme a lo establecido en la Sección 4.01 (b) anterior, si los hubiere, **se considerarán como anticipos de pago de Tarifa y se imputarán al pago del Servicio a partir del 12° mes después de iniciado el Plazo de Prestación del Servicio, hasta agotar los saldos a favor del Remitente.** Los saldos a favor del Remitente que correspondan a anticipos de pago de Tarifa se imputaran mes a mes hasta agotar los mismos. (...)” (subraya y resalta el Tribunal).

Como se desprende de lo convenido por las partes, en la modalidad de la tarifa “ship or pay”, CECSA debía pagar la tarifa, aun cuando por circunstancias ajenas, el servicio no se pudiera prestar.

En ese contexto, se observa que las tarifas pagadas en las situaciones constitutivas de eventos justificados se consideraron como *anticipos*, razón por la cual los pagos que se hubieran efectuado en esas condiciones podrían ser imputados al pago de la tarifa del transporte a partir del doceavo mes siguiente a aquel en que hubiera iniciado la prestación del servicio, hasta que se agotaran los saldos a favor del remitente.

Debe destacarse que la sección 8.03 del Contrato de Transporte Bicentenario estableció los efectos de un evento justificado, en cuanto al aspecto objeto de estudio, en los siguientes términos (subraya y resalta el Tribunal):

“Sección 8.03 – Efectos de un Evento Justificado: *En el evento de presentarse un Evento Justificado que suspenda o afecte total o parcialmente la prestación del Servicio:*

(...)

“(c) El Remitente deberá continuar pagando la Tarifa y a dichos pagos se les dará el tratamiento establecido en la Sección 4.01(c) y subsiguientes de este Contrato. *No obstante lo anterior, si el Evento Justificado suspende la prestación del Servicio por un período igual o superior a 6 meses continuos e ininterrumpidos, contados a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho, el Remitente tendrá derecho a dar por terminado el presente Contrato sin lugar a indemnización alguna a favor de Bicentenario. Si la suspensión del Servicio se debe a vicio propio o inherente al Crudo o culpa imputable al Remitente, el Remitente responderá de conformidad con lo previsto en Sección 8.02 del presente Contrato y la Cláusula 18 del Manual del Transportador.”*

De conformidad con lo anteriormente reseñado, es claro que en el marco del Contrato de Transporte Bicentenario, en los supuestos de eventos justificados, la tarifa “ship or pay” que hubiera sido pagada por un servicio que finalmente no se prestaba, se consideraba como un anticipo que una vez vencido el plazo de doce meses contados a partir de la iniciación del Plazo de Prestación del Servicio podría ser imputado a pagos posteriores del remitente hasta agotar sus saldos.

b. Efectos luego de la suscripción del Otrosí No. 2 del 28 de marzo de 2014.

Según se observa en la Sección 2.03 del Otrosí No. 2 suscrito el 28 de marzo de 2014, pero con efectos a partir del 1º de enero de dicha anualidad, allí se modificaron, entre otras disposiciones, la sección 4.01 del Contrato de Transporte Bicentenario y la sección 8.03 (c), que se analizaron anteriormente. Se cita a continuación el texto modificado (subraya y resalta el Tribunal):

“Sección 4.01 – Valor del Servicio:

“(a) El Remitente se obliga a pagar a Bicentenario:

“(i) Durante el Plazo Ship or Pay:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“(A) La Tarifa multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente y por el número de días del Mes Calendario correspondiente, Independientemente de que la Nominación presentada por el Remitente en el correspondiente mes sea inferior a la Capacidad Contratada del Remitente e incluso cuando no haya nominado o transportado Barril alguno, más

“(B) La Tarifa MME multiplicada por los barriles efectivamente transportados durante el Mes de Operación, dentro de la Capacidad Condicionada.

“(ii) Durante el Plazo Ship and Pay: La Tarifa MME, por el número de Barriles efectivamente transportados dentro de la Capacidad Contratada del Remitente y dentro de la Capacidad Condicionada en el Mes de Operación.

“En caso que la Tarifa MME no sea suficiente para cubrir los gastos de mantenimiento, operación y administración del Oleoducto, los gastos de depreciación, amortización e impuestos y una ganancia equitativa, las Partes se pondrán de acuerdo sobre los términos y condiciones de la tarifa a ser aplicada; sin perjuicio de los trámites que deba adelantar Bicentenario ante el Ministerio de Minas para revisar la Tarifa MME.

“(b) En caso de que la Fecha de Inicio del Pago de Tarifa ocurra antes que la Fecha de Inicio del Servicio y sólo respecto del período comprendido entre dichas fechas, el Remitente se obliga a pagar una suma equivalente a la Tarifa, multiplicada por la Capacidad Contratada del Remitente, por el número de Días del Mes Calendario correspondiente, aún a pesar del hecho de que no se haya iniciado la prestación del Servicio. A dichos pagos se les dará el tratamiento que se señala a continuación:

“(i) Siempre y cuando Bicentenario esté en capacidad de atender los pagos de capital e intereses de la deuda contraída con los

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Prestamistas, cumplir con los índices de la cobertura establecidos en el Contrato de Crédito Sindicado Local o en cualquier otro acuerdo con los Prestamistas, cumplir con cualquier otra obligación de hacer o covenant financiero establecido en dicho instrumento, atender todas las obligaciones asumidas por Bicentenario con terceros, y cubrir todos los gastos de operación y mantenimiento del oleoducto, los montos correspondientes a Tarifa que haya pagado el Remitente entre la Fecha de Inicio de Pago de la Tarifa que haya pagado el Remitente entre la Fecha de Inicio de Pago de la Tarifa y el 31 de diciembre de 2013 conforme a lo establecido en la Sección 4.01(b) anterior, si los hubiere, se considerarán como anticipos de pagos a cargo del Remitente a favor de Bicentenario, y podrán ser imputados durante el plazo Ship or Pay y/o dentro del plazo Ship and Pay, de la siguiente manera:

- *Durante el Plazo Ship or Pay: Los mencionados anticipos se imputarán en pesos colombianos al pago de la Tarifa MME, causada por los volúmenes efectivamente transportados dentro de la Capacidad en Exceso, hasta agotar los saldos a favor del Remitente.*
- *Durante el Plazo Ship and Pay: Siempre que en el Plazo Ship or Pay no se alcancen a imputar todos los anticipos de que trata la Sección 4.01(b)(i) anterior, se imputará en pesos colombianos al pago del Servicio prestado, hasta agotar los saldos a favor del Remitente o hasta que se venza el Plazo Ship and Pay.*
- *Para determinar el monto a ser imputado al anticipo, se seguirán las reglas establecidas en la Sección 4.02(a)iii).*
- *Las Partes reconocen que la relación del estado vigente de los anticipos causados hasta el 31 de diciembre de 2013 se relacionan en el Anexo K del presente Contrato.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

“(c) Los montos correspondientes a Tarifa que haya pagado el Remitente a partir del 1 de enero de 2014, se considerarán montos efectivamente pagados bajo la modalidad transporte o pague y por lo tanto no se considerarán como un anticipo y, por lo tanto, no podrán imputarse o compensarse a pago alguno.

“(d) El incumplimiento por parte del Remitente de la obligación de pago de la Tarifa MME del presente Contrato, dará lugar a la suspensión del Servicio de transporte para los barriles que se pretendan transportar dentro de la Capacidad Condicionada. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación del Remitente de pagar la Tarifa, y de las consecuencias previstas en el Contrato para el incumplimiento de las obligaciones del Remitente.”

En cuanto a la sección 8.03 (c), a partir del Otrosí No. 2, esta estipulación se modificó de la siguiente manera:

“Sección 2.05 – Efectos de un evento justificado: Las partes del Otrosí 2 acuerdan modificar la Sección 8.03 (c), el cual se leerá así:

(...)

“(c) El Remitente deberá continuar pagando la Tarifa. No obstante lo anterior, si el Evento Justificado suspende la prestación del Servicio por un período igual o superior a 6 meses continuos o ininterrumpidos, contados a partir de la fecha de la ocurrencia del hecho, el Remitente tendrá derecho a dar por terminado el presente Contrato sin lugar a indemnización alguna a favor de Bicentenario. Si la suspensión del Servicio se debe a vicio propio o inherente al Crudo o culpa imputable al Remitente, el Remitente responderá de conformidad con lo previsto en la Sección 8.02 del presente Contrato y la Cláusula 18 del Manual del Transportador”.

Como ya lo advirtió el Tribunal, analizados los textos a que se ha hecho referencia se concluye que las partes convinieron que desde el 1 de enero de 2014 los pagos

de la tarifa contractual realizados en el marco del acaecimiento de un evento justificado serían tratados como pagos definitivos que no podrían ser imputados o compensados a pagos posteriores.

Esta circunstancia, unida a la supresión de la disposición contractual que establecía que los pagos realizados durante los eventos justificados daría el derecho a que tales erogaciones fueran consideradas como anticipos para retribuir el servicio de transporte luego de los doce meses siguientes a la iniciación del servicio, considerándose que dicha imputación se realizaría en la medida en que existieran saldos a favor del remitente, llevan al Tribunal a concluir que luego de la vigencia del Otrosí No. 2 efectivamente se extinguió el derecho a reclamar la prestación del servicio que no se hubiera disfrutado.

2.3.2.3. La contabilidad de las partes.

Durante el trámite arbitral, la convocante fue insistente en afirmar que la suscripción del Otrosí No. 2 al Contrato de Transporte Bicentenario no significó la extinción de la obligación de transporte de crudo para OBC, en presencia de un evento justificado. Según lo expresó en su escrito de alegaciones finales, el texto de la sección 2.3 del Otrosí No. 2 del 28 de marzo de 2014, mediante la cual se modificó la cláusula 4.01 (c) del Contrato de Transporte Bicentenario, es claro en sostener que la tarifa pagada por el remitente sería contabilizada como un pago definitivo, y ya no como un anticipo -tal y como ocurría antes de la suscripción del Otrosí No. 2-.

Para la convocante, sin embargo, esto no significó una renuncia del remitente a disfrutar del servicio de transporte cuando este no pudiera ser prestado de manera oportuna por la ocurrencia de un evento justificado. Por el contrario, dijo que la intención de las partes para la suscripción del Otrosí No. 2 fue simplemente *“(...) evitar que se acumulara pasivo en OBC y que pudiese llevar lo recibido por tarifa ship or pay como ingreso en su patrimonio”*.

La convocada, por su parte, partiendo de que el Otrosí No. 2 efectivamente significó un cambio en la forma de llevar la contabilidad de las tarifas que fueran pagadas por el remitente frente a eventos justificados que imposibilitaran la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

prestación del servicio, insistió en que las partes también acordaron que hacia el futuro se presentaría la extinción de la obligación de transporte ante la ocurrencia de un evento justificado, de tal suerte que mediante la eliminación de dicho pasivo, se pudiera aumentar el nivel de ingresos de los accionistas de OBC. Por supuesto, entre ellos, CECSA.

Puntualmente, respecto de la forma en que se llevaba la contabilidad de la tarifa en estas situaciones con anterioridad a la suscripción del Otrosí No. 2, la convocada expresó que *“(…) si ocurrían Eventos Justificados, los remitentes recibían una devolución de la tarifa por la vía de una nota crédito contra una cuenta de “anticipos” (pasivo de OBC), que se compensaba con el valor a pagar por el remitente por concepto de tarifa, en ese mes. En otras palabras, OBC cumplía con su obligación de transporte no prestada en ese momento —por causas extrañas a su voluntad—, mediante la compensación de una factura futura”*.

Dicho sistema, según la convocada, generó el problema de que la tarifa pagada por CECSA fuera contabilizada no como un ingreso, sino como un pasivo que, en últimas, reducía la base para distribuir las utilidades entre los socios de OBC. Así pues, manifestó la convocada que además del cambio en la forma de llevar a cabo la contabilidad, consistente en que la tarifa sería registrada en adelante como un pago definitivo, el Otrosí No. 2 significó la extinción de la obligación de transporte para OBC, ante la ocurrencia de un evento justificado.

Teniendo en cuenta las manifestaciones de las partes en relación con el aspecto contable de la controversia, adicionalmente a cuanto antes se expresó sobre el marco contractual debe el Tribunal ocuparse entonces de cómo las partes registraron en sus asientos contables el resultado de la operación celebrada entre ellas.

Debe recordarse el rigor de las normas mercantiles y de contabilidad en este punto, esencial para que los comerciantes lleven en debida forma su contabilidad y para que ella refleje exactamente los alcances de las operaciones que realizan. La contabilidad de los comerciantes, y las dos partes en este proceso lo son, no solamente por los objetivos de su operación, sino muy

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

particularmente por la naturaleza societaria que les corresponde, viene a ser una prueba determinante en los debates que entre ellos se susciten. Esta contabilidad tiene la fuerza de una confesión, en tanto a través de ella dichos comerciantes expresan el sentido y los alcances de sus negocios. Desconocer el contenido de sus documentos de comercio, entre ellos los asientos de su contabilidad, equivaldría a volverse contra sus propios actos, sobre aquello que ellos entendieron cuando registraron las repercusiones económicas de sus negocios.

De ahí la razón por la cual el Código General del Proceso, en su artículo 264, dispone que los libros y papeles de comercio constituyen **plena prueba** en todo aquello que los comerciantes debatían entre sí, con la condición de que dichos debates se refieran a operaciones mercantiles, como son incuestionablemente aquellas derivadas del contrato que dio lugar a la controversia que hoy se decide (subraya y resaltado fuera del texto).

Asimismo, en el numeral 1º del inciso 7º del mencionado artículo 264 del Código General del Proceso se establece que “[s]i los libros de ambas partes están ajustados a las prescripciones legales y concuerdan entre sí, se decidirá conforme al contenido de sus asientos”.

Igualmente, la última parte del artículo 264 del C.G.P., poco antes invocado, establece de una manera que no deja lugar a ninguna consideración distinta, que “al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros”.

Dentro de este orden de ideas debe afirmarse que la prueba pericial estableció, sin lugar a dudas, en un aspecto que se le precisó al perito designado por el Tribunal y a su asistente contable en la diligencia de interrogatorio practicada, que la contabilidad de ambas partes se llevaba de manera correcta.¹¹¹ Adicionalmente, la misma prueba pericial determinó la coincidencia de las dos contabilidades, al no registrar la existencia en OBC de ningún pasivo a su cargo por los servicios no prestados luego del Otrosí No. 2, ni en la contabilidad de CECSA de un activo por esta misma circunstancia.¹¹²

¹¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 12. Folio 6.

¹¹² Cuaderno de Pruebas No. 12. Folios 6-12.

Con lo anterior está claro que las dos partes entendieron, de una manera contundente, al menos en el período que se surtió a partir del 1º de enero del año 2014, que ni OBC es deudora de CECSA por un transporte de crudo que no se pudo ejecutar, y que CECSA, por su parte, no es acreedora por las mismas circunstancias, a partir el Otrosí No. 2. En estas condiciones no le queda al Tribunal camino distinto del de aceptar el entendimiento de las dos partes a partir del mencionado otrosí y del de rechazar las pretensiones de la parte convocante sobre un pretendido pasivo a cargo de OBC por los servicios de transporte de crudo contratados y no prestados, con posterioridad al Otrosí N° 2.

Las consideraciones del Tribunal, derivadas de la contabilidad coincidente de las dos partes, son de tal naturaleza decisivas, que ellas solas bastarían para sostener cuanto se decide en este asunto.

Nada obsta para lo anterior que las cuentas de cobro formuladas por OBC se hubieran documentado a través de facturas cambiarias, tal como se precisará en el acápite subsiguiente, en tanto la verdadera relación causal entre las partes, que les resulta oponible por ser ambas partícipes en el origen de las mencionadas facturas, conduce a que el verdadero sentido de ellas debe determinarse de la manera como ambas lo entendieron en su contabilidad que es, en últimas, lo que resulta del Otrosí No. 2.

2.3.2.4. La facturación por los servicios de transporte.

Por cuanto la convocante, en el alegato de conclusión, insistentemente expone que sería absurdo pensar, conforme se afirma, que la actora remitente renunciaba al servicio o que se extinguía la obligación de transportar cuando se pagaba este servicio, y que, además, sería ilógico imaginarse que la misma recibiría, a partir del otrosí, remuneración por medio de utilidades o dividendos, lo que equivaldría a decir que se facturaba *“un servicio que no se presta y registrando el ingreso por prestación de servicio”*, situación que, agrega, resulta abiertamente contraria a la ley, constitutiva de nulidad absoluta al tenor del artículo 1742 del Código Civil, en particular por contrariar el artículo 1º, de la ley

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

1231 de 2008, invalidez que incluso debe ser declarada de oficio, enseguida entra el Tribunal a examinar esta apreciación.

En efecto, a juicio de la convocante, la interpretación que la convocada dio durante el trámite procesal al Otrosí No. 2 -extinción de la obligación de transporte a cargo de OBC ante la ocurrencia de un evento justificado- implicaría la expedición de facturas por un servicio que, en realidad, no sería prestado. Por tal motivo, afirmó que dicha interpretación sería contraria a la ley y conduciría a la invalidez de la estipulación.

Como fundamento de su postura, la convocante invocó el artículo 1º de la Ley 1231 de 2008, que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 772 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

“No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

“PARÁGRAFO. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

En el escrito de alegatos de conclusión, la convocante manifestó sus apreciaciones al respecto en los siguientes términos:

“Sin asomo de duda la expedición de las facturas por la Convocada al amparo de la sección 2.03 del Otrosi (sic) 2 que se viene comentando es ilegal y la cláusula que dispone ese proceder es nula por violar una prohibición legal, norma imperativa, que deviene en objeto ilícito, conforme al artículo 1519 del Código Civil. Esta no es una nulidad saneable.

“Además de que la Ley prohíbe emitir facturas por servicios no prestados, si la intención de OBC no era prestar el servicio no se explica por qué incluye como concepto en sus facturas servicio de transporte. Ese no es el concepto verdadero de la factura pues no está facturando un servicio de transporte, sino otra cosa”.

Frente al argumento expresado por la convocante, la convocada explicó que la factura emitida mensualmente no solo contemplaba el servicio de transporte, sino muchos otros conceptos.

Al respecto, la convocada manifestó que la tarifa “ship or pay” era calculada mediante un método de flujo de caja libre en el que, además de considerar el costo de prestar el servicio de transporte por el Oleoducto Bicentenario, se contemplaba el costo de la deuda que fue asumida con entidades financieras para llevar a cabo el proyecto, del CAPEX, del OPEX y otros.

Efectuada por el Tribunal la valoración correspondiente. observa que, atendidas las particularidades del contrato suscrito entre CECSA y OBC, bajo la modalidad “ship or pay”, la tarifa no estaba circunscrita a la prestación del servicio de transporte, puesto que, debido a las razones atrás ampliamente explicadas, procuraba, por diferentes motivos de interés común, recuperar la inversión previamente efectuada para la realización del proyecto tantas veces mencionado, así como para cubrir los diferentes gastos del negocio llevado a cabo, en particular los costos de la financiación del proyecto.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Quedó establecido en precedencia, y en ello no hay reparo, que en el sub lite, por virtud de la coligación surgida del AMI, de 18 de diciembre de 2010, el convenio de 20 de junio de 2012 y el otrosí de 28 de marzo de 2014, los contratantes en busca de un fin superior común, consistente en la cabal ejecución y explotación del proyecto por ellos fijado, el llamado contrato de transporte de hidrocarburos en la modalidad “*ship or pay*” no se limitaba a la simple o única prestación entre el remitente y el transportista, de suerte que la tarifa estaba integrada por varios componentes, como cubrir las obligaciones propias de la construcción del oleoducto, recuperar las inversiones efectuadas y otros gastos inherentes a la especie de acuerdo.

Deviene así palmario que, tal y como la afirma la parte convocante, el contenido de las facturas aducidas no guarda absoluta concordancia, desde el punto de vista literal, con lo realmente probado en el proceso.

Tendiente a dilucidar la situación planteada, primeramente expresa el Tribunal que en este litigio no se ejerce acción cambiaria que pueda derivarse de los títulos valores, de manera que los documentos aportados como facturas que se pretenden hacer valer aquí han de verse, lógicamente, dentro del escenario común de un proceso declarativo o de conocimiento, lo que equivale a manifestar que no puedan analizarse bajo las características formales propias o típicas de aquella especie sino como pruebas encaminadas a establecer la causa del negocio jurídico que les dio origen.

No es posible entonces separar, con absoluta abstracción, el negocio originario del derecho incorporado en tales facturas y, por consiguiente, era viable, como en efecto ocurrió con las probanzas que se dejaron valoradas, determinar cómo, pese a que en ellas se alude a un contrato de transporte de hidrocarburos líquidos, se estableció que, de noviembre a 31 de diciembre de 2013, atendidos los varios acuerdos negociales referidos, en ese valor se incluyeron otros conceptos, y cómo fue que luego del otrosí también, contra lo expuesto en esa misma prueba documental, las sumas indicadas en ésta correspondieron, a partir del 1 de enero de 2014 a otras razones.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Ahora, si desde otra perspectiva debieran estudiarse tales facturas a igual conclusión se arribaría, puesto que si bien es cierto el artículo 1º de la ley 1231 de 2008 dispone que no puede librarse factura alguna *“que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”*, y aun admitiendo, como lo acepta el Tribunal, que la literalidad que emerge de ellas da cuenta que son servicios de transporte los prestados, nada se opone a que entre las partes originarias o inmediatas, como sucede en este proceso, se pueda discutir e incluso enervar esa causa, encaminada a establecer la realidad del negocio subyacente, como sin ambages lo permite el artículo 784, numeral 12, del Código de Comercio, al expresar que contra a acción cambiaria pueden oponerse las excepciones *“derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa”*, sin que de este esclarecimiento entre las partes pueda inferirse nulidad de la especie invocada.

Tratándose de títulos valores, no se remite a duda, como surge de la definición misma que de ellos pregona el artículo 619 del C. de Co. y otros que lo desarrollan, como el 626 *ibídem*, que el principio de literalidad enmarca en buena medida al alcance de la obligación cambiaria, al prever el último de los citados que *“el suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia”*.

Más de ser ello cierto, no puede seguirse, que para rendir tributo a aquel principio no le sea dable a las partes primigenias, una vez creado el documento acorde con las exigencias de rigor, como lo manda el artículo 620 del C. de Co., desvirtuar lo que ellas mismas determinaron como pautas del negocio causal o subyacente.

Dicho de otra manera, si después de haber cumplido las partes con estrictez la observancia plena de elaborar los títulos ajustados a los requisitos mínimos requeridos para su existencia, los cuales en ningún caso pueden soslayar, y en cuanto no hayan entrado en circulación, esto es, no se encuentren en poder de un tercero de buena fe exenta de culpa, ajeno a esas partes, nada se opone a

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

que estas mismas procuren infirmar la literalidad puesta en ellos para, en su lugar, hacer prevalecer los términos o modalidades de la relación originaria.

Como fácilmente puede colegirse de lo precedente, únicamente si el título ha salido del ámbito de la relación causal, sólo a partir de esa primera transferencia es como sí hay lugar a afirmar tajantemente, respecto del endosatario y de los sucesivos adquirentes de buena fe, que a éstos les es inoponible la causa y que, por tanto, apenas para los mismos impera, por razones de seguridad, la literalidad insertada en el documento, sin que, entonces, pueda alterarla cualquier circunstancia nacida de esa relación fundamental, por supuesto que ellos se atienden, y les basta, a la apariencia formal del documento. Es por esta razón, tratándose de facturas, que seguramente esa ley presume que, sin discusión, se realizó la correspondiente entrega o la efectiva prestación del servicio, así se llegara a demostrar lo contrario.

Sobre el punto, la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

“La literalidad, en particular, determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento, sin que, por regla general, puedan oponérsele excepciones distintas a las que de él surgen. Es de ver, con todo, que por cuanto la consagración de la literalidad es una garantía para quien desconoce los motivos que indujeron la creación o la emisión del título, o ignora los convenios extracartulares entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación, es obvio que ella está consagrada exclusivamente en beneficio de los terceros tenedores de buena fe, pues este principio no pretende propiciar el fraude en las relaciones cambiarias (...). Es apenas lógico entender el por qué no puede predicarse absolutamente la literalidad entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente, determinante de la creación o la emisión del título valor, ya que en este caso no estaría en juego la seguridad en el tráfico jurídico, previsto como razón fundamental para su consagración legal...”¹¹³.

¹¹³ G. J., t. CCXXII, pág. 355.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

En este preciso sentido, también los más autorizados expositores en la materia se han ocupado del tema.

Así lo manifiestan, entre otros, Joaquín Garrigues, quien tras expresar que *“ninguna obligación cambiaria se funda en una relación estrictamente cambiaria”*, agrega que *“esta cadena no se rompe nunca, y, por eso, todos los hechos o mutaciones jurídicas que afectan a uno de los extremos (contrato causal) se comunican al otro extremo (letra). La letra se convierte así en un instrumento del contrato causal”*¹¹⁴. De la misma manera, César Vivante observa: *“Las acciones y las excepciones inherentes al contrato originario subsisten invariables en la persona del deudor y del acreedor originarios (...). Resumiendo, la obligación del deudor está sometida a la ley íntegra del negocio jurídico que dio origen a la emisión del título, mientras se encuentre ante aquel a quien lo negoció; después y sólo en el caso de que entren en circulación legítima, dicha obligación se determina por el texto del documento (...). Mientras se encuentren frente a frente los que contrataron la emisión del título, el carácter de la obligación se determina por la índole del negocio jurídico celebrado entre ellos (...). Por consecuencia, la obligación cambiaria está ligada a la causa de la que surgió, en tanto se trate de regular las relaciones de aquellos que entre sí negociaron la letra de cambio, y, por tanto, puede oponerse la causa, en forma de excepción, al poseedor de la letra, que sólo a primera vista es acreedor a la cantidad cambiaria. El tenedor no puede considerarse sorprendido o engañado por estas excepciones que extinguen o reducen su derecho cambiario al verdadero valor, pues cometería un abuso si quisiese aislar la letra de cambio del conjunto de relaciones jurídicas que lo ligan a su deudor. Pero en las relaciones entre el deudor y de la letra y el tenedor que no la obtuvo de él, la obligación debe considerarse como una obligación literal que vale por lo que dice”*¹¹⁵. Y Héctor Cámara asevera: *“La obligación cambiaria tiene una causa y si las excepciones relativas a ella no pueden hacerse valer frente a terceros, pueden serlo ante el tomador originario... Y es natural que sea así; los terceros deben juzgar la validez de la obligación por la forma exterior del título, pero el tomador*

¹¹⁴ Curso de Derecho Mercantil, 7ª. edición, Editorial Porrúa S. A. Págs. 786 y 793.

¹¹⁵ Tratado de Derecho Mercantil, Volumen III, págs., 148, 156, 157 y 211, editorial Reus, Madrid.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

*está en la situación de conocer el motivo jurídico que determinó la creación de la letra*¹¹⁶.

Bajo estas precisiones, y no sin antes destacar que en este asunto no ha habido negociación mediante endoso de los títulos, por supuesto que, como emerge de los antecedentes compendiados, permanece entre la transportadora y la remitente, partes en este litigio, seguidamente se observa por el Tribunal que con la prueba recaudada durante este trámite arbitral fue debidamente acreditada cuál fue la relación causal que verdaderamente dio origen a esas facturas.

En cualquier caso, de cara al esclarecimiento del negocio subyacente realmente celebrado, contrario al consignado en las facturas, ni por asomo podría conducir a nulidad alguna, por supuesto que esta situación no está consagrada como motivo de invalidez en los artículos 1742 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, o en texto legal distinto.

En punto de sanciones, de manera uniforme y reiterada han pregonado la jurisprudencia y la doctrina que sólo pueden imponerse en la medida en que estén expresamente señaladas por el legislador y bajo las exactas hipótesis en que se encuentren contempladas, de suerte que para aplicarlas ha de guiarse el juzgador por un razonamiento restrictivo, sin que quepa en el punto ninguna otra interpretación extensiva o analógica. Sobre el particular, ha expuesto la H. Corte que *“en materia de sanciones civiles o penales el criterio es siempre restrictivo, porque toda sanción de cualquier naturaleza es taxativa y porque el criterio e analogía no existe en esta materia. Una sanción civil o penal no puede imponerse sino cuando está expresamente en la ley y en la forma estricta en que ésta lo establece*¹¹⁷.

Por ende, siendo así que para la imposición de esta especie de condenas debe primar un criterio restrictivo, como en esta materia no cabe apreciación caracterizada por la amplitud o vastedad, debe seguirse que, frente al hecho propuesto de la falta de coincidencia entre el texto del título con la verdadera

¹¹⁶ Letra de Cambio y Vale o Pagaré, pág. 368, Editorial EDIAR.

¹¹⁷ G. J., t. CXLVI, pág. 113.

razón del negocio causal, no hay lugar a declarar ni ordenar nulidad de la especie reclamada.

2.3.2.5. Situación particular de los eventos justificados ocurridos en los meses de noviembre y diciembre de 2013.

Precisado lo anterior debe abordar el Tribunal la situación particular de los eventos justificados ocurridos en los meses de noviembre y diciembre de 2013, esto es, en vigencia de las estipulaciones originales del Contrato de Transporte Bicentenario, y antes de las modificaciones introducidas por el Otrosí No. 2.

Al respecto, el Tribunal encuentra que efectivamente en los periodos a que se ha hecho referencia la prueba contable establece que en la contabilidad de OBC se reconoce un pasivo en favor de CECSA, derivado de servicios de transporte pagados y no prestados, antes del Otrosí No 2, durante los dos primeros meses de ejecución del contrato de transporte de crudo, es decir, durante las dos últimas mensualidades del año 2013, época en que se dio inicio a la ejecución del contrato de transporte, siendo en este aspecto ambas contabilidades absolutamente coincidentes. Por consiguiente, con apoyo en la misma normatividad antes invocada para desconocer la pretensión de CECSA sobre un reconocimiento a cargo de OBC, por el pago del mismo transporte a partir del primero de enero del año 2014, debe ahora el Tribunal aceptar la existencia del pasivo que derivó del transporte pagado y no prestado antes del Otrosí No. 2. Este pago podía ser utilizado por las entidades remitentes, antes de la vigencia del referido otrosí, hasta el mes doce siguiente, cosa que se hizo imposible por el comienzo de la aplicación del otrosí.

En estricto sentido, debe reconocerse que este último cambió la naturaleza de los denominados pagos hechos por los remitentes accionistas de OBC, que dejaron a partir del otrosí de ser tales pagos, en los casos en que el transporte de crudo no se ejecutaba, por no corresponder a la satisfacción de un servicio prestado, cuando carecían de una verdadera causación contable, para transformarse exclusivamente en aportes destinados a que dicha compañía pudiera satisfacer sus obligaciones financieras y, el excedente, que ciertamente se presentó, convertirse en un superávit susceptible de ser distribuido como dividendo a los

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

accionistas. En este aspecto, cobra particular relevancia el contexto inicialmente analizado por el Tribunal sobre las consecuencias que se derivan de desarrollar una obra de esta naturaleza bajo el mecanismo del *Project Finance*, así como la interpretación que debe darse a los distintos negocios jurídicos en el contexto de una coligación contractual, todo lo cual conduce al Tribunal a valorar la modificación antes mencionada dentro de un marco más amplio que el que se desprendería, simplemente, de las estipulaciones derivadas de un contrato de transporte.

Probablemente esta modificación contractual se adoptó para que los recursos respectivos no ingresaran al patrimonio, sino a la cuenta de resultados, con el fin de que dichos dineros pudieran ser parte de las utilidades de OBC y, por este camino, susceptibles de ser distribuidos posteriormente como dividendo. Varios de los testigos¹¹⁸ se refirieron a la caja “atrapada” en OBC con motivo del anterior sistema contractual y contable. Este entendimiento permite ver la lógica económica que se encuentra desde la óptica de los accionistas de OBC con el cambio contemplado en el Otrosí No. 2, porque parte de sus entregas de dinero, frente a los “eventos justificados”, dejó ser, estrictamente, el precio de un servicio, para transmutarse, de manera exclusiva, en un apoyo financiero de la compañía de la cual son socios –todo en el marco establecido por el AMI- y en una expectativa de utilidades.

Independientemente de lo anterior, resulta claro que respecto de los meses de noviembre y diciembre de 2013 se realizaron pagos por transporte de crudo por parte de CECSA, que no tuvieron la respectiva contraprestación por parte de OBC, al haberse presentado eventos justificados, pagos éstos que debieron tener el tratamiento jurídico que correspondía antes de la entrada en vigencia del Otrosí No. 2 y no existe prueba que acredite que transcurridos doce meses esos pagos se hubieran imputado a servicios de transporte, o que OBC hubiera prestado efectivamente ese servicio a CECSA, razón por la cual el Tribunal concluye que se encuentra acreditado el incumplimiento de la convocada, en este particular aspecto.

¹¹⁸ Ver al respecto las declaraciones de Alexander Cadena Montezuma (Folio 11 vuelto del Cuaderno de Pruebas N° 13); Anabella Vegas Zubeldía (Folio 108 del Cuaderno de Pruebas N° 13) y Yenny Julieta Rodríguez Hernández (Folio 160 del Cuaderno de Pruebas N° 13).

2.3.2.6 Conclusión del Tribunal sobre el incumplimiento del deber de prestar el servicio de transporte, en aquellos casos en que éste no se prestó originalmente por causas no atribuibles al remitente.

De conformidad con lo que se ha analizado por parte del Tribunal en las consideraciones precedentes, se concluye que no está acreditado el incumplimiento de la convocada respecto del deber de prestar el servicio de transporte, en aquellos casos en los que éste no se prestó originalmente por causas no atribuibles al remitente. Sin embargo, se evidencia que respecto de los meses de noviembre y diciembre de 2013 se realizaron pagos por transporte de crudo por parte de CECSA, que no tuvieron la respectiva contraprestación por parte de OBC, al haberse presentado eventos justificados. En concepto del Tribunal estos pagos debieron tener el tratamiento jurídico que correspondía antes de la entrada en vigencia del Otrosí No. 2 y no existe prueba que acredite que transcurridos doce meses desde la ocurrencia de tales eventos justificados esos pagos se hubieran imputado a servicios de transporte, o que OBC hubiera prestado efectivamente ese servicio a CECSA. Por esta razón, el Tribunal concluye que se encuentra acreditado el incumplimiento de la convocada, en la prestación del servicio transporte a CECSA por los valores que esta le canceló durante los meses de noviembre y diciembre de 2013 sin que dicho transporte se hubiera prestado por la ocurrencia de eventos justificados.

2.4. Conclusiones generales del Tribunal sobre las pretensiones principales y subsidiarias de la convocante.

De conformidad con las conclusiones incorporadas en la sección 2.1.7. de esta providencia, el Tribunal determinó que debe prosperar la pretensión primera principal de la demanda presentada por CECSA, toda vez que está acreditada la celebración del Contrato de Transporte Bicentenario, del 20 de junio de 2012, negocio jurídico que tiene el objeto allí indicado y debe interpretarse en el contexto que se señala en el mencionado acápite del laudo.

Ahora bien, según se puede concluir del análisis realizado por el Tribunal, las obligaciones de OBC atinentes a suministrar información suficiente y oportuna

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

sobre la ocurrencia y los detalles de los llamados “eventos justificados” fueron cumplidas en forma imperfecta o tardía por la convocada, incumplimiento este que el Tribunal no ha considerado “esencial”, para efectos de estimar que puede determinar la procedencia de la acción resolutoria. El Tribunal encontró asimismo que no se alegaron o acreditaron perjuicios por el incumplimiento del deber de información.

Igualmente, el Tribunal ha concluido que no se presentó un incumplimiento de la convocada respecto de la obligación de transportar los barriles de crudo por los que CECSA pagó la respectiva Tarifa, en aquellos eventos en los que la prestación del servicio no pudo efectuarse inicialmente por razones ajenas a la sociedad remitente, toda vez que dicha obligación estaba enmarcada en el contexto de las estipulaciones originales del Contrato de Transporte Bicentenario pero dejó de ser exigible a OBC luego de las modificaciones introducidas al contrato con el Otrosí No. 2. No obstante, dicha situación no se presenta respecto de los pagos efectuados por los meses de noviembre y diciembre de 2013, anteriores a la vigencia de la mencionada modificación contractual, respecto de los cuales OBC está en situación de incumplimiento frente a CECSA pues no acreditó haber imputado dichos valores a posteriores servicios de transporte o haber efectuado el transporte que en su momento no se realizó, en presencia de los eventos justificados ocurridos en los mencionados periodos mensuales.

En ese contexto, el Tribunal concluye que las pretensiones segunda a séptima principales de la demanda no están llamadas a prosperar, y así se declarará en la parte resolutoria del Laudo, por ausencia del elemento “incumplimiento resolutorio”, que es requisito estructural para la viabilidad de la pretensión resolutoria y de sus solicitudes consecuenciales.

Respecto de las pretensiones subsidiarias segunda a sexta, enderezadas, en general, a que se ordene el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, respecto del servicio de transporte de crudo que OBC no habría prestado en los supuestos en los que CECSA realizó el pago de las tarifas respectivas pero no recibió el servicio contratado por la presencia de eventos justificados o por otras causas, el Tribunal concluye que este grupo de pretensiones debe prosperar parcialmente, esto es, únicamente respecto de la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

prestación del servicio de transporte por los meses de noviembre y diciembre de 2013.

En particular, el Tribunal concluye que no está llamada a prosperar la segunda pretensión subsidiaria, en la que se solicita “[q]ue se declare que OBC incumplió el contrato de transporte de hidrocarburos líquidos por el Oleoducto Bicentenario firmado el día 20 de junio de 2012 por no haber prestado el servicio de transporte en la forma y tiempo debidos, alegando eventos justificados sin demostrarlos en debida forma e incumpliendo el protocolo previsto en el Contrato para dichos eventos”, pues se ha concluido que, si bien se presentó un incumplimiento en relación con el suministro de información a CECSA, esto no significa que los eventos justificados no hubieran existido y que esta circunstancia efectivamente hubiera eximido a OBC a prestar el servicio.

Respecto de la pretensión tercera subsidiaria, estima el Tribunal que esta pretensión prospera parcialmente, en cuanto a los pagos hechos por los meses de noviembre y diciembre de 2013, pues, en efecto, respecto de estos particulares períodos, *“en los casos en que CECSA ha pagado a OBC la tarifa “transporte o pague” (“ship or pay”) bajo el contrato de transporte fecha 20 de junio de 2012, sin haber podido disfrutar del servicio de transporte en la forma y tiempos debidos como consecuencia de eventos justificados alegados por OBC o por otros hechos no imputables a CECSA, este último tiene derecho a disfrutar de dicho servicio sin tener que pagarlo nuevamente una vez cese el evento excusable que impidió temporalmente el transporte”*.

En el mismo sentido, prospera parcialmente la pretensión cuarta subsidiaria, pues OBC no ha acreditado que imputó los valores pagados por CECSA por los meses de noviembre y diciembre de 2013 a posteriores servicios de transporte o que efectivamente efectuó el transporte que en su momento no se realizó, en presencia de los eventos justificados ocurridos en los mencionados períodos mensuales.

No prospera la pretensión quinta subsidiaria, toda vez que en el marco de la relación contractual que vincula a las partes, luego del Otrosi No. 2 de 28 de marzo de 2014, no se ajusta al contexto de la regulación actual del Contrato de

Transporte Bicentenario que se ordene prestar un servicio de transporte no ejecutado, pues el remitente siempre deberá cancelar la tarifa *ship or pay*, sin que esta pueda imputarse o compensarse con posterioridad, por lo que una condena en el sentido solicitado no generaría ninguna reparación a CECSA.

Como consecuencia de lo anterior, en el marco de la pretensión sexta subsidiaria, el Tribunal condenará a OBC a pagar a CECSA, como indemnización compensatoria, el valor actualizado de los pagos realizados por servicios de transporte por los meses de noviembre y diciembre de 2013, que no fueron disfrutados por haberse presentado eventos justificados, ni fueron posteriormente imputados o compensados con servicios de transporte, cantidad respecto de la cual se causarán intereses de mora a partir del requerimiento remitido por CECSA a OBC el día 7 de febrero de 2017, en los términos de la cláusula 17 del Contrato de Transporte Bicentenario.

2.5. Resolución sobre las excepciones formuladas por la convocada.

Teniendo en cuenta que las pretensiones principales segunda a séptima de la demanda no prosperan por la razones expuestas en detalle por el Tribunal, en particular por cuanto no se acreditaron los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción resolutoria, de conformidad con el artículo 280 inciso 2 del Código General del Proceso, el Tribunal solo se pronunciará respecto de las excepciones formuladas en relación con las pretensiones subsidiarias que, como se ha señalado anteriormente, están llamadas a prosperar parcialmente.

De conformidad con el estudio realizado por el Tribunal, se puede concluir lo siguiente sobre las excepciones propuestas por OBC, en relación con las pretensiones subsidiarias.

2.5.1. No prospera la excepción denominada "*Cumplimiento cabal de la obligación de información prevista en el artículo 8.03(a) del Contrato*", pues el Tribunal ha concluido que OBC no cumplió, en los estrictos términos contractuales, la obligación de información sobre la ocurrencia de los eventos justificados.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

2.5.2. Sobre la excepción denominada “*Relatividad de los contratos*”, fundada en que muchos de los eventos justificados se presentaron en el Oleoducto Caño Limón-Coveñas y no en el Oleoducto Bicentenario, el Tribunal considera que no está llamada a prosperar, pues, si bien es cierto que la mayoría de eventos justificados ocurrieron en el Oleoducto Caño Limón-Coveñas, no es menos cierto, también, que dichos incidentes afectaban igualmente, en la mayoría de los casos, el flujo del crudo por el Oleoducto Bicentenario. Además, aparece como contradictorio que la convocada alegue, por una parte, que debe entenderse cumplido su deber de información en los casos en que las notificaciones sobre los eventos justificados las efectuó CENIT, pero, por otra parte, para los efectos de esta excepción considere que se trata de vínculos completamente independientes, lo que contradice, además, la conclusión a la que arribó el Tribunal sobre la coligación contractual existente entre los negocios jurídicos de transporte que CECSA celebró con CENIT y con OBC.

2.5.3. Respecto de la excepción titulada “*Ausencia de derecho de CECSA a reclamar el pago del valor de la tarifa ship or pay*”, estima el Tribunal, de conformidad con las consideraciones que anteriormente ha realizado, que esa excepción prospera en forma parcial, en relación con los pagos realizados por CECSA a partir de la vigencia del Otrosí No. 2 de 28 de marzo de 2014, pero no en cuanto a los pagos realizados por los meses de noviembre y diciembre de 2013.

2.5.4. En cuanto a la defensa denominada “*Ausencia de Responsabilidad de OBC —inexistencia de daño resarcible—*”, el Tribunal ha concluido que esta excepción prospera parcialmente, esto es, en relación con las reclamaciones relacionadas con los pagos efectuados por CECSA a partir del mes de enero de 2014, pero no en relación con lo que se pagó por servicios de transporte por los meses de noviembre y diciembre de 2013, que no se pudieron disfrutar por la ocurrencia de eventos justificados.

2.5.5. Sobre la excepción rotulada “*Ausencia de Responsabilidad de OBC —ausencia de nexo de causalidad entre los supuestos incumplimientos y el daño alegado por CECSA—*”, esta excepción igualmente prospera en forma parcial, respecto de las reclamaciones de perjuicios derivadas directamente de una pretendida falta de “demostración” de los eventos justificados o de las

deficiencias en la información suministrada por parte de OBC a CECSA, así como de los daños que pretendan fundarse en los pagos efectuados partir del 1º de enero de 2014. Por el contrario, la excepción no prospera respecto de lo que se pagó por servicios de transporte por los meses de noviembre y diciembre de 2013, que no se pudieron disfrutar por la ocurrencia de eventos justificados

2.5.6. En relación con la excepción denominada “*CECSA no puede contravenir lo que fue su inveterada conducta contractual*”, el Tribunal estima que esta excepción tiene vocación parcial de prosperidad en cuanto que CECSA no formuló reclamaciones oportunas a OBC sobre el presunto incumplimiento de esta sociedad en relación con la notificación sobre la ocurrencia de los eventos justificados y el suministro de “*todos los detalles*” de los respectivos acontecimientos, sino que solo a vino a expresar su inconformidad más de dos años y medio después de la ocurrencia de los primeros eventos justificados que afectaron al Oleoducto Bicentenario. En ese contexto, según ya se ha explicado, el Tribunal encuentra que están dados los supuestos para la aplicación de la “*teoría de los actos propios*”, en particular respecto de los reclamos que ahora se formulan en relación con la notificación y suministro de todos los detalles de los eventos justificados.

3. Las condenas a favor de la convocante

Pasa ahora el Tribunal a ocuparse del reconocimiento de la partida respectiva como una deuda exigible de OBC frente a CECSA, en el contexto de la prosperidad parcial de las pretensiones subsidiarias.

En primer término, y como ya se ha anticipado, encuentra el Tribunal que una interpretación razonable de la demanda presentada, permite concluir que CECSA, luego de enumerar detalladamente sus pretensiones, presentó una pretensión indemnizatoria de carácter general en el marco de su solicitud de cumplimiento del contrato (pretensión sexta subsidiaria), exigiendo que se le reconozca la indemnización de cualquier perjuicio derivado de la inexecución contractual entre las partes. Evidentemente, un perjuicio nacido de dicha

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

inejecución está constituido por la circunstancia de una entrega de dineros que, por ser anterior al Otrosí No. 2, debió imputarse o compensarse con un servicio de transporte de crudo que, en últimas, no se prestó.

Las pretensiones subsidiarias 3ª, 4ª y 5ª de la demanda se enderezan a que se reconozca a la demandante el derecho de transportar el crudo derivado de los pagos hechos a OBC que no corresponden a la prestación del servicio de transporte. Si bien no es posible este reconocimiento a partir del Otrosí No. 2, no sucedería lo mismo con los pagos que corresponden a los dos meses anteriores a la entrada en vigencia de dicho otrosí. No obstante, la aplicación ahora vigente del otrosí, impide que el Tribunal opte por reconocer unas pretensiones que no generarían para la convocante una verdadera compensación.

Siendo así lo anterior, procede que OBC restituya el dinero recibido sin que exista ninguna contraprestación a la entrega de dicho dinero, ya que no es dable suponer que se trató de una donación ni de un aporte patrimonial. Esta retención de recursos corresponde a un perjuicio sufrido por CECSA con motivo de la ejecución contractual, perjuicio que debe ser reparado, dando prosperidad de esta manera a la petición general contenida en la pretensión 6ª subsidiaria.

Como la devolución de dicho dinero no está sometida a plazo, ni se trata de una obligación que solamente pueda cumplirse dentro de un determinado período, en los términos del artículo 1608 del Código Civil debería considerarse que la obligación de restituir, a título de indemnización de perjuicios, derivaría del requerimiento judicial que se haga al deudor, salvo que dicha exigencia haya sido objeto de una renuncia lícita, tal y como ocurre en el caso que se analiza según consta en la cláusula 17 del Contrato de Transporte Bicentenario. En consecuencia, como CECSA pretendió que se le reconociera cualquier perjuicio derivado de sus relaciones con OBC y en tanto la existencia de este pasivo no satisfecho es, evidentemente, un perjuicio para la convocante, derivado de la ejecución del contrato entre las dos partes, procede no solamente su reconocimiento, sino igualmente ordenar su restitución, para que se satisfaga la indemnización de perjuicios incluida en las pretensiones de la demanda a través de una formulación general.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Es verdad que la mayoría de las pretensiones subsidiarias se enderezan a que se reconozca a la demandante el derecho de transportar el crudo cuyo servicio de movilización fue pagado y no prestado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la aplicación del Otrosí No. 2 no permite que se haga un transporte sin cobro adicional a las cantidades ya recibidas, dado que en todo caso CECSA debe cubrir la capacidad contratada, se haga o no la movilización del crudo “nominado” por ella. En estas condiciones, la decisión del Tribunal no puede enderezarse a ordenar un transporte ya pagado, sino a que se restituya el dinero recibido sin que tenga causa en un servicio prestado. En este sentido, se decretará la restitución de la suma pagada durante los meses de noviembre y diciembre de 2013 que no tuvo contraprestación en un servicio de transporte por la ocurrencia de eventos justificados, como la indemnización de un perjuicio sufrido por CECSA con ocasión del contrato, al serle retenida una suma que debió restituírsele al hacerse imposible un transporte de crudo sin cobro, con posterioridad al Otrosí No. 2.

Por una evidente razón de justicia, reconocida por la jurisprudencia en diversas oportunidades, el pago deberá hacerse primeramente actualizado, con el fin de reconocer el verdadero poder adquisitivo del dinero debido, y luego con los respectivos intereses de mora.

Sobre la suma a ser restituida por los meses de noviembre y diciembre de 2013 en los que CECSA pagó el valor de la tarifa sin que se hubiera prestado efectivamente el transporte con ocasión de los eventos justificados que se presentaron en el ínterin de tales periodos, el Tribunal estima conveniente recurrir a los registros contables de las partes para la época. Ello, haciendo hincapié en lo establecido por el artículo 264 del Código General del Proceso, que es del siguiente tenor: *“Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí”*.

Habiendo revisado la información aportada por el perito J.M. Noguera y Cía. y teniendo en cuenta que este experto encontró que los asientos contables de las partes son coincidentes, el Tribunal nota que el valor que CECSA pagó como anticipo y que no utilizó en el transporte de crudo durante los meses de

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

noviembre y diciembre de año 2013 es de \$444.371.166, cifra que resulta de tener en consideración los anticipos pagados por esos meses, habiéndoles aplicado las notas crédito respectivas.

En efecto, durante los meses de noviembre y diciembre del año 2013, OBC emitió las siguientes cuentas de cobro que fueron pagadas por CECSA:

CUENTA DE COBRO OBC - CECSAS						
FECHA	NÚMERO	CONCEPTO	CAPACIDAD	DIAS	TARIFA	VALOR
10/10/13	33	ANT MES DE NOV	550	30	22.804	376.266.000
12/11/13	40	ANT MES DE DIC	550	31	23.271	396.770.550
TOTAL CUENTA DE COBRO A DICIEMBRE 2013						773.036.550

Frente a las anteriores Cuentas de Cobro se emitieron las siguientes facturas:

FACTURAS OBC -CECSAS					
FECHA	NÚMERO	CONCEPTO	VALOR ANTES DE IMPUESTOS	RETENCION	VALOR DESPUES DE IMPUESTOS
12/12/13	41	AMRT NOV	376.266.000	3.762.660	372.503.340
12/12/13	48	AMRT DIC	396.770.550	3.967.706	392.802.844
TOTAL FACTURADO A DICIEMBRE					765.306.184

Respecto de estos meses de noviembre y diciembre de 2013, hubo dos notas de crédito para ajustar los valores contabilizados como anticipos, en relación con el crudo transportado:

NOTAS CRÉDITO OBC -CECSAS					
FECHA	NÚMERO	CONCEPTO	VALOR ANTES DE IMPUESTOS	RETENCION	VALOR DESPUES DE IMPUESTOS
30/12/13	2013-02	30-nov-13	171.030.000	1.710.300	169.319.700
5/02/14	2014-02	31-dic-13	273.341.166	2.733.412	270.607.754
TOTAL			444.371.166	4.443.712	439.927.454

Tras aplicar las notas crédito recién referidas a las facturas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2013, se tienen los siguientes resultados:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
 c./
 OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
 5186

VALOR DE FACTURAS DESPUES DE APLICAR NOTA CRÉDITO					
FECHA	NÚMERO	CONCEPTO	VALOR ANTES DE IMPUESTOS	RETENCION	VALOR DESPUES DE IMPUESTOS
12/12/13	41	AMRT NOV	205.236.000	2.052.360	203.183.640
12/12/13	48	AMRT DIC	123.429.384	1.234.294	122.195.090
TOTAL			328.665.384	3.286.654	325.378.730

Así las cosas, habiendo aplicado las Notas Crédito en la contabilidad de las partes aparece una partida de cuenta por cobrar y una partida de cuenta por pagar que asciende a:

SALDO EN LA CUENTA DE ANTICIPO DE OBC	
CUENTAS DE COBRO NOV	376.266.000
(-) NOTAS CRÉDITO	205.236.000
CUENTAS DE COBRO DIC	396.770.550
(-) NOTAS CRÉDITO	123.429.384
SALDO EN LA CUENTA DE ANTICIPO DE OBC	444.371.166

En conclusión, estima el Tribunal que el valor que OBC debe devolver a CECSA por los meses de noviembre y diciembre de 2013, meses en los que aún no habían operado los efectos del Otrosí No. 2, corresponde a \$444.371.166.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 4.01 (c) del contrato, los montos correspondientes a las tarifa pagada serían anticipos y solo se podrán imputar al pago del servicio a partir de los doce (12) meses después de iniciada la prestación del servicio, por lo que, teniendo en cuenta que el oleoducto entró en operación el 1 de noviembre de 2013, los referidos doce (12) meses van hasta el 1 de noviembre de 2014, que es entonces la fecha a partir de la cual CECSA podía empezar a agotar sus saldos.

Así las cosas, el Tribunal considera que para efectos de mantener el poder adquisitivo del dinero, los saldos respecto de los cuales CECSA tiene derecho a devolución deben actualizarse de acuerdo con el IPC a partir del 1 de noviembre de 2014.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Además de lo anterior, es necesario tener en cuenta que de acuerdo con lo previsto en la cláusula 17 del Contrato de Transporte Bicentenario, las partes renunciaron expresamente a las formalidades para ser constituidas en mora y a ser judicialmente reconvenidas y acordaron que para estos efectos aceptan expresamente la comunicación escrita que una de ellas dirija a la otra.

Revisando las comunicaciones cruzadas entre las partes, que obran en el expediente, el Tribunal encuentra que la comunicación de fecha 7 de febrero de 2017, dirigida por CECSA a OBC¹¹⁹, en la que la convoca a una reunión con el objetivo de buscar un arreglo directo a las diferencias pendientes de resolución cumple el mencionado propósito, pues dichas diferencias son, las que a la postre, han dado lugar a este proceso. Así las cosas, considera el Tribunal que con la remisión de esa comunicación, CECSA dio cumplimiento a lo acordado en la referida cláusula 17 del contrato y es, entonces, a partir de ese momento que OBC está constituida en mora.

Con fundamento en lo anterior, el saldo a favor de CECSA de \$444.371.166, se actualizará con base en el IPC desde el 14 de noviembre de 2014 hasta el 7 de febrero de 2017, y a partir del día siguiente a esa fecha se aplicarán intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley mercantil, hasta cuando efectivamente se pague la cantidad adeudada.

Actualizada esta cifra de \$444.371.166 desde el 1 de noviembre de 2014 hasta el 7 de febrero de 2017, según el índice de precios al consumidor que lleva el DANE (117,83 para noviembre de 2014 y 136,12 para febrero de 2017), se llega a la cantidad de \$513.348.079, que resulta de multiplicar por 1,16 (136,12 / 117,83) la cantidad de \$444.371.166.

Tal y como se indicó, sobre dicha suma se causarán intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, de donde se concluye que al 28 de marzo de 2019, fecha de este laudo, OBC adeuda a CECSA la suma de \$304.958.596, por concepto de intereses moratorios.

¹¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folios 590-591

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Resolución Super.	Fecha inicio	Fecha Fin	días	Valor	Tasa	Tasa mensual	Tasa diaria	Intereses causados	intereses acumulados
1612	8-feb-17	31-mar-17	51	513.348.070	33,51%	2,44%	0,080%	21.026.215	21.026.215
0488	1-abr-17	30-jun-17	90	513.348.070	33,50%	2,44%	0,080%	37.090.654	58.116.869
0907	1-jul-17	30-sept-17	91	513.348.070	32,97%	2,40%	0,079%	36.991.035	95.107.904
1155	1-sept-17	30-sept-17	29	513.348.070	32,22%	2,35%	0,078%	11.554.262	106.662.166
1298	1-oct-17	31-oct-17	30	513.348.070	31,73%	2,32%	0,077%	11.792.106	118.454.272
1447	1-nov-17	30-nov-17	29	513.348.070	31,44%	2,30%	0,076%	11.309.399	129.763.671
1619	1-dic-17	31-dic-17	30	513.348.070	31,16%	2,29%	0,075%	11.606.450	141.370.122
1890	1-ene-18	31-ene-18	30	513.348.070	31,04%	2,28%	0,075%	11.567.262	152.937.384
0131	1-feb-18	28-feb-18	27	513.348.070	31,52%	2,31%	0,076%	10.551.420	163.488.804
0259	1-mar-18	31-mar-18	30	513.348.070	31,02%	2,28%	0,075%	11.562.361	175.051.165
0398	1-abr-18	30-abr-18	29	513.348.070	30,72%	2,26%	0,074%	11.082.083	186.133.248
0527	1-may-18	31-may-18	30	513.348.070	30,66%	2,25%	0,074%	11.444.569	197.577.817
0687	1-jun-18	30-jun-18	29	513.348.070	30,42%	2,24%	0,074%	10.986.999	208.564.816
0820	1-jul-18	31-jul-18	30	513.348.070	30,05%	2,21%	0,073%	11.242.590	219.807.405
0954	1-ago-18	31-ago-18	30	513.348.070	29,91%	2,20%	0,073%	11.198.125	231.005.531
1112	1-sept-18	30-sept-18	29	513.348.070	29,72%	2,19%	0,072%	10.762.690	241.768.221
1294	1-oct-18	31-oct-18	30	513.348.070	29,45%	2,17%	0,072%	11.044.616	252.812.837
1521	1-nov-18	30-nov-18	29	513.348.070	29,24%	2,16%	0,071%	10.609.273	263.422.110
1708	1-dic-18	31-dic-18	30	513.348.070	29,10%	2,15%	0,071%	10.930.367	274.352.477
1872	1-ene-19	31-ene-19	30	513.348.070	28,74%	2,13%	0,070%	10.810.825	285.163.303
0111	1-feb-19	28-feb-19	27	513.348.070	29,55%	2,18%	0,072%	9.971.395	295.134.698
0263	1-mar-19	28-mar-19	27	513.348.070	29,06%	2,15%	0,071%	9.823.898	304.958.596

Así las cosas, liquidada la condena a la fecha del presente laudo, se reconocerá el deber de OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A. de pagar a CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A.S. la suma global de \$818.306.666, cantidad que deberá ser satisfecha dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

En todo caso, en el evento de que no se realice el pago en la oportunidad antes indicada, sobre la cifra de \$513.348.079 se seguirán causando intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley mercantil, como quedó indicado, hasta el día en que efectivamente se realice el pago.

CAPÍTULO III
TACHA DEL TESTIMONIO DE JAIME ROBLEDO VÁSQUEZ

El testimonio del señor Jaime Elías Robledo Vásquez fue decretado a instancia de OBC y fue recibido en audiencia llevada a cabo el 28 de mayo de 2018.

Este testimonio fue tachado por el apoderado de la convocante en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso, tacha que fue propuesta y tramitada de la siguiente manera:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

"DR. SALAZAR: Le pido la palabra señor Presidente; primero para manifestar que de manera expresa formulamos tacha contra el testigo en los términos del Artículo 211 del Código General del Proceso; si bien, se ha revelado que existe una relación con Oleoducto Bicentenario, yo debo aclarar y aquí, porque yo estuve en una reunión con la doctora... y con el doctor Jaime en que se discutió el tema que es objeto de este litigio, entonces tendría que agotar frente a lo que el testigo ha manifestado que sí hubo esa reunión... Canacol Energy Colombia S.A. asistieron José..., Anabella Vegas, el doctor Robledo y yo, estamos hablando del tema como es este litigio, el doctor Robledo llegó con la doctora Ana María... dijo que en calidad de asesor personal, no, actuó como asesor de Oleoducto Bicentenario en esa reunión, razón por la cual pienso yo que habiendo actuado como abogado, dejó ese, en las discusiones previas después... no conozco exactamente la dinámica de este tema a que finalmente el doctor Esguerra tomó su representación y, ese sería el primer motivo de tacha.

Y, segundo, en relación con las relaciones de la firma Gómez Pinzón Zuleta con OBC y por instrucción de mi cliente quiero manifestar al Tribunal que la firma Gómez Pinzón Zuleta de la que tengo la mejor impresión y detalles, yo mismo les recomendé a ellos, ha mantenido relaciones muy estrechas con Canacol Energy durante los años 2012, 2013, 2014 y 2015, 2016 y 2017 durante los cuales ha desarrollado due diligence muy detallados sobre todas y cada una de las relaciones contractuales que tiene Canacol Energy Colombia S.A. incluyendo los relacionados con la comercialización, transporte de hidrocarburos, activos, información corporativa, etc., con ocasión de la negociación de créditos y mercados internacionales, motivo por el cual fue contratada esta firma con una firma de los Estados Unidos que se llama... y lo cual dio lugar al pago de honorarios a la firma Gómez Pinzón Zuleta.

Estas relaciones y... están juzgadas por secreto profesional e incluyen información relacionada con las relaciones contractuales de Canacol Energy Colombia S.A. que son objeto de esta disputa, no sabemos, yo

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

no lo sé personalmente si el doctor Robledo, estoy seguro que no participó directamente en esos asuntos pero de todas maneras ahí hay también un asunto de sigilo profesional que ponemos de presente en frente al Tribunal y como soporte de ello pues Canacol me hizo llegar una carta que... sean de presente estas circunstancias que me solicitan que le indique al Tribunal.

Estos son digamos los fundamentos que en los términos del Artículo 211 del Código General del Proceso presento para tachar al testigo y pues eso es todo. Está la carta, si quieren verla con el mayor gusto.

DR. MENDOZA: La carta dice así: El suscrito representante legal de Canacol Energy Colombia S.A.S. Certifica que: según la documentación que consta en los archivos de la empresa la firma Gómez Pinzón Zuleta Abogados S.A. fue contratada por Canacol Energy y sus afiliados, en adelante Canacol durante los años 2012 a 2018 para realizar varios sentidos due diligence, las actividades desarrolladas por esta firma de abogados incluyeron la revisión de toda la información y contratos de Canacol relacionados con comercialización de hidrocarburos, transporte, activos, información corporativa etc., esa información fue remitida bajo el sigilo profesional que existe entre cliente – abogados, el cual se encuentra vigente a la fecha.

DR. ESGUERRA: Quiero anotar lo siguiente, por supuesto mi contraparte tiene todo el derecho, la ley se lo da de manera expresa e indiscutible de formular una tacha al testigo por razón de los vínculos que se han..., no cabe la menor duda. Lo que sí quiero... eso tendrá que ser tenido en cuenta y valorado por el Tribunal a la hora de hacer la correspondiente evaluación del testimonio..., lo que sí quiero señalar es que por supuesto puede tener el Tribunal y puede tener mi contra parte la certeza absoluta de que yo jamás habría traído a un testimonio a una persona para que revelara asuntos que están cobijados con el secreto profesional y estoy absolutamente convencido porque lo conozco de que el doctor Robledo tampoco habría accedido a esto.

Las razones por las que se ha solicitado su testimonio afloraran en el curso del mismo a medida que se vaya formulando las preguntas que dando a las respuestas y, como le dije al principio tienen que ver simplemente con hechos que son antecedentes de este proceso, no parte del proceso sino antecedentes en cuanto fueron la génesis misma del contrato que ha traído a las partes a este Tribunal, es, de eso de lo que yo le voy a preguntar y sobre eso sobre lo que van a versar las respuestas del doctor Robledo. Entonces quiero precisar ese par de consideración, muchas gracias.

DR. MENDOZA: Muchas gracias y por lo más... el testigo que es abogado pues sabrá valorar las preguntas que le hagan, qué tiene reservado bajo el sigilo profesional y que no.

DR. SALAZAR: Una pequeña observación y es que, le quiero dejar absolutamente claro que en la tacha que es mi deber formular, sin ningún cuestionamiento para el doctor Esguerra, su firma de abogado ni para el despacho de... profesional y eso no está en duda.

DR. SOLARTE: Para nuestra mayor información y para tomarnos el concepto indíqueme al Tribunal doctor Robledo por favor dos cosas; la primera, en qué circunstancia tiempo, modo, y lugar se dio la reunión a la que alude el doctor Juan Carlos Salazar en la que usted habría asistido a una reunión como asesor jurídico de OBC, a la que en aquel estuvo presente y se debatieron temas del proceso... digamos esa circunstancia; y lo segundo, señalar de si en desarrollo de esa asesoría que habría prestado Gómez Pinzón Zuleta a Canacol en... años 2012 y 2018, si el área a la cual usted se encuentra vinculado en la firma tuvo o no relación con esos contratos.

SR. ROBLEDO: Empiezo por la segunda, digamos la más fácil de contestar, la relación de Gómez Pinzón Zuleta con Canacol desconoce incluso para qué tipo de asesoría era, yo no hacía parte del equipo que asesoró a Canacol en desarrollo de esas asesorías; no tengo idea

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

qué tipo de documentos se suministraron a la firma, si fueron la totalidad de los documentos o no, es decir yo creo que incluso si piden las horas de facturas no hay una hora mía en esa asesoría, entonces no tengo ningún conocimiento de las cosas que se tocaron en el desarrollo de esa asesoría que hizo Gómez Pinzón Zuleta, sí sé que era asesor de Canacol para algunos temas.

Respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, desconozco la fecha exacta, yo hago un examen en Gómez Pinzón, para claridad del Tribunal yo ahora trabajo en Brigard & Urrutia antes trabajaba en Gómez Pinzón ya no trabajo en Gómez Pinzón a partir de junio del año pasado, aun estaba en Gómez Pinzón y en efecto tuvimos una reunión como la menciona el doctor Salazar en la que ellos querían explicar las razones por las cuales habían enviado una carta, una carta acerca de por qué, creo que era acerca de por qué iban a suspender el pago... el contrato o algo así y la doctora Anabella Vegas en efecto me pidió que la acompañara a esa reunión, pero me pidió que la acompañara a esa reunión como asesor del Oleoducto Bicentenario, pero que me pedía que la acompañara a todas las reuniones en las que algo surge del proyecto, por qué, porque lo estructuramos entre ella y yo.

Luego, de que aclaro que se iba a formar un litigio alrededor del tema, yo no tuve absolutamente nada que ver con el tema, en esa reunión que menciona el doctor Salazar, él explicó algunas razones por las que considera que no deberían efectuar el pago a uno de los contratos, de acuerdo en algunas, en otras no, pero no fue nada más, no tuve nada más que ver con el tema, o sea, incluso no nos, no contrataron ni a Gómez Pinzón ni a Brigard % Urrutia para nada de...

DR. MENDOZA: Bueno, muy bien.

DR. VALENCIA: Respecto de la tacha el Tribunal se pronunciará,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

DR. MENDOZA: sí, en su oportunidad claro. Entonces doctor... la pregunta es lo que usted conozca de lo que se ha debatido aquí en este proceso, nos haga un relato espontáneo."

En primera medida, el Tribunal precisa que, de conformidad con el régimen procesal, la tacha propuesta por sí sola no excluye el testimonio del proceso, sino que exige al Tribunal valorarlo con una mayor rigurosidad teniendo en consideración las circunstancias particulares del caso y a la luz de las demás pruebas que obran en el expediente.

Los motivos que fundamentan la tacha, según quedó indicado consisten en (i) la participación por parte del testigo como asesor de OBC en una reunión que se llevó a cabo en las oficinas de Canacol Energy a la que también asistieron José Mayusa, Anabella Vegas y el apoderado de CECSA, en la que se trató el tema de este litigio; y (ii) la relación de la firma Gómez Pinzón Zuleta con Canacol Energy durante los años 2012 a 2018, durante los cuales esa firma ha recibido información protegida por secreto profesional.

Revisada muy cuidadosamente la declaración del doctor Jaime Robledo, encuentra el Tribunal que en ella no se hizo ninguna referencia a la señalada reunión que es el primer motivo de la tacha, ni se trató ningún tema distinto a los relacionados con el diseño y puesta en marcha del proyecto que es materia de este proceso. En efecto, nada se dijo en relación con la forma como el proyecto se ha venido ejecutando o a los reparos que las partes puedan tener respecto de ello, lo que tendría relación con el segundo reparo formulado. Además, en este punto, es claro para el Tribunal que el doctor Robledo no fue parte del equipo que en la firma Gómez Pinzón Zuleta, asesoró a Canacol. En efecto, así lo indicó el apoderado de Canacol y lo reiteró el testigo.

Así las cosas, y habiéndose estudiado el testimonio con toda la severidad que las circunstancias exigen, el Tribunal encuentra que el dicho del doctor Robledo se centró en explicar las circunstancias que rodearon la suscripción del AMI y los contratos de transporte, y el Otrosí N° 2; así como las implicaciones de una tarifa "ship or pay", y que sus afirmaciones y respuestas son coincidentes con las demás pruebas que obran en el proceso y, si bien es cierto que ha tenido relación

directa o por intermedio de las firmas para las que ha trabajado, con las partes en este proceso, dicha circunstancia no resulta suficiente para estimar que sus declaraciones fueron parcializadas, por lo que no se dará prosperidad a la tacha formulada.

CAPÍTULO IV
JURAMENTO ESTIMATORIO

Como en el presente caso, tal y como quedó sentado, las pretensiones de la demanda no prosperarán, es necesario analizar si se debe o no dar aplicación a las consecuencias previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso que dispone:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

La norma transcrita menciona dos eventos distintos para efectos de la aplicación de las sanciones que allí se establecen, el contemplado en el inciso cuarto y el mencionado en su párrafo. En el presente caso, a pesar de que las pretensiones subsidiarias de la demanda solo prosperaron parcialmente, debe tenerse en cuenta (i) que el Juramento Estimatorio fue objetado lo que implica que la suma allí planteada perdió su condición de prueba de la suma pretendida; (ii) que las indemnizaciones solicitadas no fueron decretadas en su totalidad por razones diferentes a la falta de prueba de los perjuicios reclamados; y (iii) que no

hubo por parte de la convocante un comportamiento negligente o temerario que fuera la causa para que no se concedieran las indemnizaciones solicitadas.

Así las cosas, para este Tribunal es claro que aunque mayoritariamente fracasarán las pretensiones, la razón de ello no es ninguna de las hipótesis de la norma, por lo que no hay lugar a imponer sanción alguna por el juramento estimatorio presentado por la convocante.

CAPÍTULO V **COSTAS, GASTOS Y AGENCIAS EN DERECHO**

De conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso debe proferirse condena en costas y agencias en derecho cuando quiera que se den los presupuestos contemplados en las mencionadas disposiciones.

Teniendo en cuenta que fracasaron las pretensiones segunda a séptima principales de la demanda y que las pretensiones subsidiarias fueron exitosas solo en forma parcial, y ciertamente en una fracción reducida de lo solicitado en ese grupo de peticiones, se procede a efectuar la liquidación de costas y agencias en derecho, según lo preceptuado en la Ley, condenando a quien ha resultado vencido en este proceso, según la siguiente liquidación:

- a) En lo relativo a las agencias en derecho, el Tribunal las fija en la suma de ciento once millones trescientos siete mil doscientos setenta pesos (\$111.307.270), a cargo de la parte convocante y a favor de la convocada, cifra correspondiente al valor de los honorarios de un árbitro.
- b) En lo que concierne a los honorarios del Tribunal y a los demás gastos del proceso, es decir, la suma de cuatrocientos cincuenta millones doscientos veintinueve mil ochenta pesos (\$450.229.080), ellos fueron sufragados por mitades entre las partes, por lo que el Tribunal considera que será de cargo de la convocante restituir a la convocada el 90% de lo que ella canceló, es decir, la suma de doscientos dos millones seiscientos tres mil ochenta y seis pesos (\$202.603.086) que corresponde al 90% de doscientos veinticinco millones ciento catorce mil quinientos cuarenta pesos (\$225.114.540), que a su turno es

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

la mitad de la suma total decretada por concepto de honorarios y gastos del proceso.

- c) Respecto de los honorarios por el dictamen pericial decretado de oficio, que fue la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), ellos fueron sufragados por mitades entre las partes, por lo que el Tribunal considera que será de cargo de la convocante restituir a la convocada el 90% de lo que ella canceló, es decir, la suma de veintidós millones quinientos mil pesos (\$22.500.000) que corresponde al 90% de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000), que a su turno es la mitad de la suma total decretada por concepto de honorarios del perito.

En conclusión, por concepto de costas y agencias en derecho, será de cargo de la convocante y a favor de la convocada, la suma de trescientos treinta y seis millones cuatrocientos diez mil trescientos cincuenta y seis pesos (\$336.410.356) que deberán pagarse dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

CAPÍTULO VI
DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre **CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA** parte convocante y **OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC.**, parte convocada, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

PRIMERO: Declarar imprósperas las excepciones denominadas “Cumplimiento cabal de la obligación de información prevista en el artículo 8.03(a) del Contrato” y “Relatividad de los contratos”.

SEGUNDO: Declarar que prosperan parcialmente las excepciones “Ausencia de derecho de CECSA a reclamar el pago del valor de la tarifa ‘Ship or Pay’”, “Ausencia de Responsabilidad de OBC —inexistencia de daño resarcible—”, “Ausencia de Responsabilidad de OBC —ausencia de nexo de causalidad entre los supuestos incumplimientos y el daño alegado por CECSA—”, y “CECSA no puede contravenir lo que fue su inveterada conducta contractual”.

TERCERO: Declarar que prospera la pretensión primera principal de la demanda.

CUARTO: Negar las pretensiones segunda a séptima principales de la demanda.

QUINTO: Negar la pretensión segunda subsidiaria de la demanda.

SEXTO: Declarar que prospera parcialmente la pretensión tercera subsidiaria de la demanda.

SÉPTIMO: Declarar que prospera parcialmente la pretensión cuarta subsidiaria de la demanda.

OCTAVO: Negar la pretensión quinta subsidiaria de la demanda.

NOVENO: Declarar que prospera la pretensión sexta subsidiaria de la demanda, por lo que se condena a OBC a pagar a CECSA, como indemnización compensatoria de perjuicios, el valor actualizado de los pagos realizados por CECSA en favor de OBC por servicios de transporte por los meses de noviembre y diciembre de 2013, que no fueron disfrutados por haberse presentado eventos justificados ni fueron posteriormente imputados o compensados con servicios de transporte, esto es, la suma de quinientos trece millones trescientos cuarenta y ocho mil setenta y nueve pesos (\$513.348.079), más los intereses de mora causados sobre dicha cantidad a partir del día 8 de febrero de 2017 y hasta la fecha del presente laudo, por valor de trescientos cuatro millones novecientos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

cincuenta y ocho mil quinientos noventa y seis pesos (\$304.958.596), para una cantidad total de ochocientos dieciocho millones trescientos seis mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$818.306.666), que deberá pagarse en un plazo de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria del laudo.

DÉCIMO: Desestimar la tacha propuesta en contra del testimonio del señor Jaime Robledo Vásquez, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente providencia.

UNDÉCIMO: Declarar que no hay lugar a imponer ninguna sanción o condena en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones del presente laudo.

DUODÉCIMO: Condenar, por concepto de costas y agencias en derecho, a CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. a pagar a OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S., la suma de trescientos treinta y seis millones cuatrocientos diez mil trescientos cincuenta y seis pesos (\$336.410.356), dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

DÉCIMO TERCERO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente, de los Árbitros y la Secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a la partes convocante y convocada en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

DÉCIMO CUARTO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

DÉCIMO QUINTO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A. – CECSA
c./
OLEODUCTO BICENTENARIO DE COLOMBIA S.A.S. – OBC
5186

Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

DÉCIMO SEXTO: Ordenar que en la oportunidad establecida en la ley, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El anterior laudo se notificó en audiencia.

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ
Presidente

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE
Árbitro

EUGENIA BARRAQUER SOURDIS
Secretaria