

Tribunal Arbitral
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

TRIBUNAL ARBITRAL

de

A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S

contra

PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, ocho (8) de Febrero de 2016

Habiendo cumplido el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros, **CARMENZA MEJIA MARTINEZ**, Presidente, **ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ** y **ANDREW ABELA MALDONADO** a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la sociedad **A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S.** en contra de **PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED**, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares de este proceso. **ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS**, actuó como secretaria del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES PROCESALES

- a. **PARTE CONVOCANTE: A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S.** (En adelante Ingeniería Puntual, la Convocante, o la Demandante), sociedad legalmente constituida, representada legalmente por la señora SANDRA BOLAÑOS, cuyo apoderada es la doctora MARIA ZENAIDA MORA YATE.
- b. **PARTE CONVOCADA: PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED** (En adelante Perenco, la Convocada, o la Demandada), sociedad extranjera legalmente establecida en Colombia mediante sucursal con domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por la señora KARELLYS MARIA PANTOJA, cuyo apoderado es el Dr. GUSTAVO SUÁREZ CAMACHO.

2. EL PACTO ARBITRAL:

Las partes suscribieron el contrato de obra o construcción No. 9015209 que tiene como fecha de firma 10 de abril de 2012, cuya copia se aportó al expediente y se encuentra a folios 18 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1. En dicho contrato se determinó en la cláusula décimocuarta el siguiente pacto arbitral:

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

CLÁUSULA DECIMOCUARTA: DOMICILIO, NATURALEZA Y LEY APLICABLE,

14.1 Las Partes acuerdan para resolver sus controversias derivadas de este CONTRATO, en someterse a un tribunal de arbitramento que sesionará en la cámara de Comercio de Bogotá y bajo los procedimientos que la misma Cámara tiene establecidos. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros abogados y cuyo tribunal será en derecho. Los árbitros serán nombrados de mutuo acuerdo y si, en un término de treinta (30) días, contados a partir de que se sometan por primera vez a las listas de árbitros para integrar el tribunal, no existe acuerdo, entonces será la Cámara de Comercio, la que de la lista A de árbitros, proceda a seleccionar dichos árbitros (...)"

3. EL TRÁMITE ARBITRAL:

- A. CONVOCATORIA:** La doctora María Zenaida Mora Yate, apoderada de A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S, mediante demanda arbitral presentada el 28 de noviembre de 2014 convocó a la sociedad PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED a trámite arbitral fundado en la cláusula compromisoria mencionada.
- B. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS:** Las partes, de común acuerdo, designaron a los doctores CARMENZA MEJIA MARTÍNEZ, ARTURO SOLALRTE RODRÍGUEZ y ANDREW ABELA MALDONADO como árbitros integrantes del Tribunal, en reunión de designación celebrada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 14 de enero de 2015.
- C. INSTALACIÓN:** El 25 de febrero de 2015 a las 10:30 a.m., en la Sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, en la que se designó como presidente a la doctora Carmenza Mejía Martínez, se nombró como secretaria ad-hoc a la doctora María Angélica Munar, como secretaria del trámite arbitral a la doctora Adriana María Zapata Vargas y se fijó como lugar de funcionamiento la Sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio.
- D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA:** Durante la audiencia de instalación y previo a decidir sobre la admisibilidad de la demanda, el Tribunal requirió a la apoderada de la Convocante para que precisara el monto total de la cuantía a la que ascienden las pretensiones indemnizatorias de

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

la demanda. La doctora Mora aclaró el valor correspondiente bajo la gravedad del juramento cumpliendo así con el juramento estimatorio requerido. A continuación el Tribunal procedió a admitir la demanda mediante Auto No. 2 que fue notificado en estrados.

A continuación, se notificó personalmente a la Convocada la admisión de la demanda y le fue entregada copia de la misma junto con sus anexos, corriéndose traslado por el término de veinte (20) días para su contestación.

El 2 de marzo de 2015, la Presidente del Tribunal procedió a posesionar a la doctora Adriana María Zapata Vargas en el cargo de secretaria, al no existir impedimentos ni haberse presentado objeción por las partes.

- E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** El 25 de marzo de 2015, dentro del término correspondiente, el apoderado de la parte convocada procedió a contestar la demanda interpuesta por la Convocante proponiendo excepciones de mérito frente a las pretensiones formuladas por la parte convocante y objeción al juramento estimatorio.

El Tribunal, mediante Auto No. 3, ordenó correr traslado conjunto a la Convocante de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito formuladas por Perenco. La apoderada de la Convocante recorrió el traslado mediante escrito de 14 de abril de 2015, radicado en la Sede de la Secretaría.

- F. REFORMA DE LA DEMANDA:** La apoderada de la Convocante presentó el 24 de abril de 2015 escrito de reforma de la demanda, en la Sede de la Secretaría.

El Tribunal, mediante Auto No. 5 de 28 de abril de 2015, ordenó a la Convocante aclarar cuál es la persona jurídica contra la cual formuló la demanda toda vez que no era claro si la Convocante había formulado su demanda contra una sociedad nacional con domicilio en Bogotá o contra una sociedad extranjera a través de su sucursal constituida en Bogotá. La Convocante presentó el correspondiente escrito aclaratorio el 30 de abril de 2015, luego de lo cual el Tribunal admitió la demanda reformada entendiendo que ésta se impetraba contra la sociedad extranjera LASMO OIL (COLOMBIA) LIMITED, hoy denominada PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED, a través de su sucursal establecida en Colombia, corriéndose traslado de la demanda reformada con sus anexos por el término de diez (10) días para su contestación.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

G. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA: El veinticinco (25) de mayo de 2015, dentro del término correspondiente, el apoderado de la parte convocada presentó el escrito de contestación de la reforma de la demanda dentro del cual presentó excepciones de mérito frente a las pretensiones formuladas por la parte convocante y formuló objeción al juramento estimatorio.

El Tribunal, mediante Auto No. 7, ordenó correr traslado conjunto a la Convocante de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito formuladas por Perenco. La apoderada de la Convocante recorrió el traslado mediante escrito de 4 de junio de 2015, radicado en la Sede de la Secretaría.

H. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN: El 28 de mayo de 2015, el Tribunal fijó fecha para la celebración de audiencia de conciliación que inició el 10 de junio de 2015 a las 9:30 a.m, con la presencia las doctoras MARIA ZENaida MORA YATE, apoderada de la Convocante y SANDRA JULIA BOLAÑOS CALDERÓN, representante legal y, por parte de Perenco, los doctores KARELLYS MARIA PANTOJA CUELLAR representante legal suplente y GUSTAVO SUAREZ CAMACHO, apoderado.

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el Tribunal, mediante Auto No. 8, declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación y decidió continuar con el trámite del proceso arbitral. La anterior decisión se notificó en audiencia.

I. GASTOS DEL PROCESO: Habiéndose declarado fallida la audiencia de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios de los árbitros, de la Secretaria, así como las partidas de gastos de administración del Centro de Arbitraje y otros, la suma de ochenta millones trescientos cuatro mil cien pesos con ochenta y ocho centavos (\$80,304,100.88), más el Impuesto al Valor Agregado – las cuales fueron pagadas dentro de la oportunidad fijada por la ley.

J. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE: Habiéndose pagado los gastos del proceso, se procedió a realizar la primera audiencia de trámite, en donde mediante Auto No. 10 el Tribunal se declaró competente para resolver las controversias contractuales surgidas entre las partes, determinó que la duración del proceso sería de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones o interrupciones que pudieran presentarse según lo dispuesto en la ley, ordenó la devolución del quince por ciento (15%) del valor del IVA correspondiente al pago hecho con destino a la

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Cámara de Comercio de Bogotá, dispuso la entrega del primer pago de honorarios a los árbitros y a la secretaria y el pago total de los gastos de administración al Centro de Arbitraje y Conciliación, y dispuso que se continuara con el trámite.

K. DECRETO DE PRUEBAS: Mediante el Auto No. 11 el Tribunal ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

a. Pruebas solicitadas por la parte convocante:

- (i) Documentales: 1) Los documentos relacionados en la reforma de la demanda, efectivamente aportados junto con el escrito de reforma y con la demanda, y 2) Los documentos relacionados y aportados con el escrito en virtud del cual la Convocante recorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas por la Convocada.
- (ii) Exhibición de documentos: Se decretó la exhibición de documentos solicitada por la Convocante en el escrito de reforma de la demanda y en el escrito en virtud del cual recorrió traslado de las excepciones de mérito y se ordenó a Perenco Oil & Gas Colombia Limited que exhibiera los documentos relacionados a folios 190, 191, 247 y 248 del cuaderno principal 1.
- (iii) Dictámenes Periciales: Se decretó la práctica de los dictámenes periciales solicitados por la Convocante, a saber, un peritaje técnico para ser resuelto por un perito ingeniero civil y un peritaje financiero para atender las preguntas contables formuladas. Cabe anotar que ambos cuestionarios fueron adicionados con preguntas formuladas por la Convocada, mediante memorial aportado antes del inicio de la primera audiencia de trámite.
- (iv) Testimonios: Habiéndose aclarado concretamente cuáles eran los hechos objeto de las declaraciones solicitadas en la reforma de la demanda, por instrucción del Tribunal, fueron decretados los testimonios de los señores: YILBER STERLING CARDOZO, ANDRÉS MORALES, JOSE LUIS BAHAMÓN, ERWIN ALBERTO ROJAS PINZÓN, FLORENTINO AGUILAR RIOBO y JOHN JAIRO CÁCERES HERNÁNDEZ.
- (v) Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio de parte de la representante legal de Perenco Oil & Gas Colombia Limited.

b. Pruebas solicitadas por la parte convocada:

- (i) Documentos: Los documentos relacionados en la contestación a la reforma de la demanda efectivamente aportados con la contestación a la demanda arbitral inicial y en la contestación a la reforma de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

- (ii) Testimonios: Se decretaron los testimonios de los señores YILBER DUBAN STERLING CARDOZO, JORGE ALBERTO MENDOZA GAONA y FERNANDO NAVARRO.
- (iii) Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio de parte de la representante legal de A.S. Ingeniería Puntual S.A.S.

L. TRANSACCIÓN PARCIAL: El 5 de Agosto de 2015, las partes, conjuntamente, presentaron memorial de desistimiento de la pretensión quinta (5ª) de la demanda reformada, en virtud del contrato de transacción parcial de las pretensiones de la demanda arbitral reformada, documento que fue aportado en la audiencia realizada en la mencionada oportunidad.

M. PRÁCTICA DE PRUEBAS:

- i. Interrogatorios de parte: En el curso de la audiencia realizada el 5 de agosto de 2015, se practicaron los interrogatorios de parte decretados por el Tribunal, los cuales fueron atendidos por las señoras SANDRA BOLAÑOS, representante legal de la Convocante, y KARELLYS MARÍA PANTOJA, representante legal suplente de Perenco.

Ambas representantes legales fueron requeridas por el Tribunal para que dieran respuesta en fecha posterior a algunas preguntas formuladas dentro de sus respectivos interrogatorios, lo cual fue cumplido por la representante legal suplente de Perenco el día 6 de agosto de 2015 y por la representante legal de la Convocante el día 21 de agosto de 2015.

- ii. Testimonios: Los señores YILBER DUVAN STERLING, JORGE ALBERTO MENDOZA Y FERNANDO WALTER NAVARRO, rindieron testimonio durante la audiencia de 5 de agosto de 2015. El apoderado de la Convocante entregó excusas de dos de los testigos, Erwin Alberto Rojas Pinzón y Jhon Jairo Cáceres Hernández, por lo cual el Tribunal aplazó la recepción de sus declaraciones para el 19 de agosto de 2015. La secretaria informó al Tribunal que los telegramas enviados a los señores Florentino Aguilar Ribón y Erwin Alberto Rojas Pinzón, fueron devueltos por dirección errada y por no ser conocido el destinatario en la dirección indicada, respectivamente. El señor ANDRÉS MORALES no compareció a la audiencia.

El 6 de agosto de 2015, los señores FLORENTINO AGUILAR RIOBO y JOSE LUIS BAHAMON rindieron testimonio de conformidad con lo decretado por el Tribunal. El 18 de agosto de 2015 la apoderada de la Convocante desistió, mediante mensaje de datos, de la práctica de los testimonios de los señores ERWIN ALBERTO ROJAS PINZÓN y JOHN JAIRO CÁCERES

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

HERNÁNDEZ, y el 19 de agosto siguiente la Convocante desistió del testimonio del señor ANDRES MORALES. El Tribunal aceptó los desistimientos.

iii. Inspección Judicial con Exhibición de Documentos: El 19 de agosto de 2015 se dio inicio a la inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de Perenco, donde se exhibieron los siguientes documentos:

- Las órdenes de Trabajo y los presupuestos presentados por Ingeniería Puntual durante la vigencia del contrato No. 9015209.
- El contrato marco suscrito entre Petrobras -hoy Perenco- y Magma Ingenieros.
- El listado de documentos de órdenes de Trabajo emitidas por Petrobras -hoy Perenco- durante la vigencia del contrato suscrito con Magma.

En relación con lo solicitado en los numerales 5 y 6 de la petición de exhibición de documentos presentada en correo electrónico del 14 de agosto de 2015, el apoderado sustituto de la Convocante, doctor Jorge Hernán Gil Echeverri, manifestó que los respectivos medios de prueba ya se encontraban incluidos en la documentación exhibida y que la documentación presentada era suficiente para satisfacer el objeto de la prueba solicitada. Posteriormente, dando cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal, el 26 de agosto de 2015 Perenco aportó un total de siete (7) carpetas, con la documentación exhibida.

iv. Dictámenes Periciales: En audiencia de 5 de agosto de 2015, el Tribunal nombró y posesionó a las peritos María Cristina Ruiz Aponte, Ingeniera Civil, y Gloria Zady Correa, contadora, para que rindieran los dictámenes periciales decretados y fijó honorarios y gastos provisionales de las peritos. El Tribunal ordenó que la entrega de los dictámenes se realizara a más tardar el 7 de septiembre de 2015.

Los dictámenes fueron entregados en tiempo por las Peritos. El apoderado de la Convocada, recorrió el traslado ordenado por el Tribunal solicitando, por una parte, que la perito técnica cumpliera con las informaciones y declaraciones de independencia señaladas por el artículo 226 del Código General del Proceso y, por la otra, que resolviera sus solicitudes de aclaraciones y complementaciones, mientras que la Convocante guardó silencio. Mediante Auto 21, el Tribunal ordenó a la perito atender los requerimientos efectuados por la Convocada.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

El informe complementario fue entregado el 9 de octubre de 2015, luego de que, por solicitud de la perito Técnica, el Tribunal ampliara el término de entrega por cinco (5) días hábiles. El 26 de Octubre, cumpliendo con el requerimiento ordenado por el Tribunal mediante Auto 23, la perito rindió las declaraciones e informaciones del artículo 226 del CGP. El 27 de Octubre siguiente el Tribunal decretó los honorarios definitivos de las peritos mediante Auto 24, los cuales fueron pagados oportunamente por las partes a las peritos contadora e ingeniera civil.

N. ALEGACIONES FINALES

Practicadas todas las pruebas, el Tribunal, en audiencia de 27 de octubre de 2015, procedió a efectuar el control de legalidad señalado en el artículo 132 del Código General del Proceso. Adicionalmente, en tal oportunidad, mediante Auto No. 25 declaró agotada la instrucción del proceso y fijó audiencia para el 2 de diciembre de 2015, para llevar a cabo los alegatos de conclusión de las partes, los cuales fueron presentados tanto por el apoderado de la parte convocante como de la convocada.

Antes del inicio de la audiencia de alegatos, la Convocante solicitó al Tribunal que, en caso de resultar vencida la Convocada en el proceso, ordenara que los derechos económicos que le correspondieran a la Convocante fueran pagados directamente al Banco de Occidente. El Tribunal ordenó que se librase un oficio con destino al Banco de Occidente informándole sobre el documento presentado al Tribunal e indicándole que se decidiría sobre el particular únicamente en el Laudo Arbitral. Adicionalmente, el Tribunal ordenó que la Convocante allegara la siguiente documentación:

- “La comunicación que dirija el cedente al Contratante Cedido notificándole el contenido del presente contrato de cesión y donde le da la instrucción irrevocable de pago al Banco de los derechos económicos derivados de las resultas del Tribunal de Arbitramento”.
- “La comunicación que dirija el Contratante Cedido al Banco en donde acepta:
 - i. La cesión de derechos económicos del Laudo Arbitral.
 - ii. La obligación de efectuar a favor del Banco los pagos derivados del Laudo Arbitral.
 - iii. Que la instrucción irrevocable dada por el Cedente al Contratante Cedido solamente podrá ser revocada con expresa autorización del Banco”.

El 4 de diciembre de 2015 la apoderada de la parte convocante remitió por correo electrónico a la secretaria un documento denominado “notificación cesión de derechos” de fecha 4 de Noviembre de 2015, así como una comunicación de 27 de noviembre de 2015 emanada de Perenco, dirigida a Ingeniería Puntual, en la que aquella se manifiesta sobre el documento de cesión.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

O. DURACIÓN DEL PROCESO

A la fecha en la que se emite el presente laudo, han transcurrido 216 días desde el 7 de julio de 2015. El proceso estuvo suspendido por 119 días en las siguientes oportunidades:

- Desde el 8 de julio de 2015 hasta el días 4 de agosto de 2015
- Desde el 7 de agosto de 2015 hasta el día 18 de agosto de 2015
- Desde el 27 de agosto de 2015 hasta el día 6 de septiembre 2015
- Desde el 28 de octubre de 2015 hasta el 1 de diciembre de 2015
- Desde el 3 de diciembre de 2015 hasta el día 4 de enero de 2016

En consecuencia, han transcurrido 98 días del término del trámite arbitral, y faltan 82 días para el cumplimiento del término del trámite arbitral.

4. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA:

i) LA DEMANDA REFORMADA:

HECHOS. La Convocante invoca los hechos que se resumen a continuación, como fundamento de la controversia:

1. Por solicitud de PETROBRAS COLOMBIA LIMITED, Ingeniería Puntual presentó propuesta para desarrollar el contrato de obra número 9015209, cuyos términos de referencia y anexos fueron allegados junto con la demanda.
2. La propuesta presentada fue aprobada, por lo cual las partes celebraron el Contrato de obra o construcción No. 9015209 el día 02 de Abril de 2012.
3. Los anexos presentados por Ingeniería Puntual fueron incorporados al contrato, bajo otra numeración e identificación.
4. El desarrollo del contrato de obra 9015209 se realizaba y ejecutaba así: se proyectaban diferentes obras para ejecutar, para lo cual Perenco solicitaba una cotización y remitía los planos de ingeniería correspondientes. Con base en estos documentos, la Convocante enviaba el

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

presupuesto y la programación respectiva, luego de lo cual Perenco aprobaba el presupuesto y la programación remitida, y autorizaba la obra expidiendo la ODT (orden de trabajo).

5. El borrador del contrato 9015209 fue preparado y redactado por Petrobras, hoy Perenco, según modelo generalmente utilizado por dicha empresa;
6. El contrato 9015209 fue denominado "OBRAS CIVILES DE FACILIDADES Y ESTABILIZACIÓN GEOTÉCNICA PARA LAS ASOCIACIONES BOQUERÓN, CONTRATO DE PARTICIPACIÓN DE RIESGO ESPINAL Y EXPLORATORIOS CENTRO";
7. El valor estimado del contrato No. 9015209 fue de \$17'193.004.805 y su objeto fue la ejecución de las obras relacionadas en sus anexos 1, 2, 3, 4 y 5;
8. Perenco exigió la presentación de una póliza de cumplimiento a Ingeniería Puntual, teniendo en cuenta la totalidad de la suma acordada en el contrato de \$17'193.004.805, aplicando los porcentajes acordados en el mismo.
9. De conformidad con el acta de inicio de servicios, el contrato estaría vigente hasta el 17 de Abril de 2014, previéndose un término de duración de 2 años;
10. Perenco determinó el fraccionamiento del contrato, por etapas, por lo que se suscribieron los contratos satélites 9015226 y 9015227.
11. El 18 de Abril de 2012, se suscribió el acta de inicio de servicios por un valor de \$7'141.961.288, con una vigencia hasta el día 17 de Abril de 2014, para el contrato número 9015226.
12. Mediante Acta de inicio de servicios de fecha 30 de Agosto de 2012, se ordenó otra ejecución parcial de obras por la suma de \$5'854.357.389, para el contrato número 9015227.
13. En relación con el contrato satélite de Guando (9015227), se facturó un mayor valor de \$91.421.037, pues el valor del contrato era la suma de \$5.854.357.389, pero se facturó la suma de \$5.945.778.426. Por el contrario, con respecto al contrato de Purificación (9015226) cuyo contrato era por la suma de \$7'141.961.288 solamente se facturó \$ 6.745.049.368 debido a que Perenco no emitió las órdenes de trabajo faltantes para culminar el respectivo contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

14. Por decisión de Perenco y de manera unilateral y arbitraria, Ingeniería Puntual dejó de ejecutar obras por valor de \$ 4.502.172.011 según lo previsto en el contrato de obra 9015209.
15. Así, no fue posible ejecutar la orden de trabajo No. 91 (fundación trampa de la base de recibo de terraza 6), aprobada por la suma de \$ 43.258.849, debido a que Perenco no dio el visto bueno para el inicio de los trabajos.
16. En relación con las obras civiles para la construcción de la plataforma y la vía de acceso a la isla 25 también se expidió la ODT (orden detallada de trabajo) que se anexó a la reforma de la demanda, por la suma de \$ 3.333.560.134, pero Perenco no autorizó su inicio.
17. Adicionalmente, se solicitó a Ingeniería Puntual que presentara cotización con respecto a las siguientes obras: a) Obras Civiles para la construcción de 4 contra pozos nueva isla 25 por valor de \$ 440.900.952; b) Obras Civiles y geotecnia en la estabilización para líneas oleoducto sitios del 4 al 14 por la suma de \$ 570.521.961. c) Obras de estabilización geotécnica sobre la Quebrada la Picala por valor de \$ 85.377.033. d) La construcción de 17 cajas para el sitio del viaducto entre la quebrada la lindera y quebrada la batalla por valor de \$ 68.188.113. y e) Obras de construcción contrapozo terraza 3 por la suma de \$ 53.965.516.
18. Ingeniería Puntual cotizó las obras mencionadas pero no fueron aprobadas por Perenco, sin que se tenga conocimiento de las razones por las cuales tomo ésta decisión.
19. Las obras mencionadas en los hechos 14, 15 y 16, algunas aprobadas en favor de Ingeniería Puntual y otras que habían sido cotizadas, no se ejecutaron, pues Perenco decidió ejecutarlas con la firma MAGNA INGENIEROS CONTRATISTAS y/o con otros contratistas.
20. El día 08 de Noviembre de 2012 las partes, mediante otrosí número 1, dejaron constancia de que no existió modificación o variación en el precio estimado del contrato;
21. El día 9 de abril de 2014 las partes, mediante otrosí número 2, decidieron prorrogar la vigencia del contrato a partir del 18 de abril de 2014 y hasta el 17 de octubre de 2014 por requerimiento de Perenco.
22. En el contrato 9015209 se incluyeron cláusulas abusivas tales como las cláusulas 3.2., 5.2, 8.1 párrafo y cláusula vigésima segunda.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

23. Perenco de manera unilateral e injustificada decidió dar por terminado unilateralmente el contrato;
24. Previo al vencimiento del contrato, en reunión de fecha 29 de Julio de 2014, se dejó esta constancia: "Por el momento no se tienen proyecciones de obras con Ingeniería Puntual";
25. Con posterioridad a dicha constancia no se recibió ninguna comunicación de Perenco relacionada con el contrato, por lo que aquella, faltando a la buena fe, dejó vencer el término legal sin que se cumpliera con la ejecución total del mismo.
26. Pese a que a Ingeniería Puntual se le indicó que no se requerían las obras faltantes, Perenco antes de la terminación del contrato de obra 9015209 del día 02 de Abril de 2012, sacó a licitación las mencionadas obras, obrando de mala fe.
27. Perenco contrató a MAGMA INGENIEROS CONTRATISTAS S.A.S para que realizara las mismas obras proyectadas con mi cliente en el contrato 9015209 y que corresponden a las obras faltantes de este contrato.
28. Como consecuencia de la terminación unilateral e injusta por parte de Perenco *"de las obras estimadas en el contrato por valor de \$12'690.827.794 (sic), solamente se alcanzó a ejecutar obras por la suma de \$12'890.827.794 y quedaría faltando obras por valor de \$4'502.177.011"*.
29. De conformidad con la formula AIU prevista en el contrato por las obras faltantes, Ingeniería Puntual hubiera obtenido ingresos adicionales de \$1.167.231.077 después de gastos;
30. Adicionalmente, por razón de las obras efectivamente ejecutadas, Perenco adeuda a Ingeniería Puntual la suma de \$146.170.603 que se ha negado a pagar injustamente.
31. Durante la ejecución del contrato Ingeniería Puntual no recibió ninguna comunicación o carta llamándole la atención por incumplimientos contractuales;
32. En la cláusula décimo cuarta se acordó la cláusula compromisoria.

PRETENSIONES. La convocante solicita al Tribunal realizar las siguientes declaraciones y condenas, que se transcriben textualmente a continuación:

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

"1.- Que se decrete que las siguientes cláusulas del contrato de obra 9015209 del día 02 de Abril de 2012 son abusivas y por lo tanto no deben ser aplicadas: 3.2., 5.2, 8.1 parágrafo y cláusula vigésima segunda.

*2.- Que se declare que **PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED**, antes llamada **PETROBRAS COLOMBIA LIMITADA** incumplió el contrato de obra 9015209 del día 02 de Abril de 2012 suscrito con **A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S.***

*3.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a **PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED**, antes llamada **PETROBRAS COLOMBIA LIMITADA** a pagar los perjuicios causados a **A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S.**, en la cuantía que se determine en este proceso.*

4.- Que las sumas anteriores sean debidamente indexadas.

*5.- Que se condene a **PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED**, antes llamada **PETROBRAS COLOMBIA LIMITADA** a pagar a **A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S.**, la suma de \$146.170.603, más los intereses moratorios, por razón de las facturas presentadas y no pagadas mediante las cuales se estaban cobrando los trabajos debidamente ejecutados.*

*6.- Se condene en costas y gastos de éste proceso a **PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED**, antes llamada **PETROBRAS COLOMBIA LIMITADA**".*

CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO. Bajo la gravedad del juramento, la convocante estimó la cuantía de la demanda en \$ 1.313.401,681, de los cuales estimó que \$1.167.231.078 corresponden a perjuicios y \$146.170.603 a sumas pendientes por pagar.

ii) CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA:

En el escrito de contestación de la reforma de la demanda, Perenco se opuso a todas las pretensiones por considerar, en síntesis, que carecen de fundamento fáctico y jurídico. Argumentó que las cláusulas contractuales no son abusivas sino que corresponden a prácticas comunes de la industria petrolera, que Perenco cumplió cabalmente el contrato, y que fue Ingeniería Puntual quien no cumplió con sus obligaciones por lo cual no se habían realizado los pagos reclamados por la convocante.

Perenco dio respuesta a cada uno de los hechos presentados en la demanda reformada y formuló las excepciones de mérito que a continuación se enuncian textualmente:

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

- a) "Inexistencia de la obligación de PERENCO de contratar un número mínimo de Órdenes de Trabajo y de contratar obras hasta el total del valor estimado bajo el Contrato"
- b) "Ejercicio del derecho de retención, por parte de PERENCO, pactado en el Contrato"
- c) "Excepción de contrato no cumplido"
- d) "Hechos de terceros que eximen a PERENCO de su responsabilidad por la no ejecución de las obras civiles para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25"
- e) "Inexistencia de abuso del derecho por parte de PERENCO"
 - "Inexistencia de cláusulas abusivas en el Contrato"
 - "No solo las cláusulas no eran abusivas sino que PERENCO no ejerció las facultades y derechos conferidos por dichas cláusulas"
- f) "INGENIERÍA PUNTUAL actuó en contra de los principios de la Buena Fe Contractual y la imposibilidad de las partes de rebelarse contra las consecuencias jurídicas de los Actos Propios"
- g) "PERENCO actuó de buena fe durante todo el iter contractual"
- h) "Inexistencia de daño"
- i) "Excepción genérica o innominada"

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

Teniendo en cuenta los antecedentes ya reseñados el Tribunal encuentra que la *litis* fue trabada en debida forma, se verificó la existencia y capacidad de las partes así como su adecuada representación, también se constató que la demanda reformada fue presentada en debida forma y la naturaleza disponible del asunto en cuestión.

Se encuentra que no quedaron pendientes pruebas por practicar ni se pretermitieron oportunidades para que las Partes ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Por el contrario, se respetaron los derechos de las partes y sus apoderados y se realizaron todas las notificaciones y traslados en debida forma.

De igual forma, el Tribunal observa que no existen nulidades procesales que ameriten abstenerse de producir un pronunciamiento de fondo, además de lo cual evidencia que aquellas nulidades que hubieran podido existir no fueron reclamadas oportunamente por las partes convocante y convocada, por lo que se encontrarían saneadas. De esta manera, dando cumplimiento al artículo 132 del Código General del Proceso, queda efectuado el control de legalidad sin que exista tacha alguna contra el procedimiento, por lo cual, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre el fondo de la controversia previas las siguientes consideraciones.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. NATURALEZA Y ALCANCE DEL CONTRATO

El Tribunal entra a esclarecer, en primer término, la naturaleza del contrato No. 9015209 (el Contrato) suscrito por PETROBRAS COLOMBIA LTD. (en adelante Petrobras), hoy PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED y A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A. el 10 de abril de 2012, para dilucidar un punto central de la controversia entre los contratantes pues, mientras que para la Convocante el contrato celebrado es uno de confección de obra material, conforme al cual tenía derecho a que Perenco contratara con ella su ejecución hasta por el valor total enunciado en el Contrato, para Perenco corresponde a un contrato marco para la realización de distintas obras, cuya ejecución estaba sujeta a las órdenes de trabajo que se aprobaran en el curso de su vigencia, sin obligación suya de hacerlo hasta agotar el valor total estimado.

Anota en primer lugar el Tribunal que no existe en el régimen jurídico colombiano una definición legal del denominado “contrato marco” ni este corresponde, estrictamente, a un tipo o clase de contrato, sino a una modalidad de contratación conforme a la cual las partes convienen *ab initio* las condiciones generales que gobernarán sus relaciones jurídicas futuras, dejando para posterior oportunidad la concreción económica y el alcance de las actividades que habrán de ejecutarse.

Se trata de un convenio “patrón” o “modelo” en el que formalmente quedan acordados de manera preliminar y abstracta los elementos del contrato, los cuales quedan subordinados a su específica determinación una vez se precise el alcance y valoración de las actividades, bienes o servicios que se requieran en el curso de su vigencia.

En la doctrina han sido diversas las discusiones sobre la noción de esta modalidad de contratación. Algunos lo conciben como un contrato cuyo propósito es *“definir las principales reglas a las que serán sometidos acuerdos que se realizarán rápidamente en el futuro, contratos de aplicación o contratos de ejecución, a los cuales una simple nota de pedido, una orden de servicio o una carta de contratación laboral proporcionarán eventualmente su soporte. Un contrat-cadre organiza por medio de obligaciones de hacer o de no hacer las modalidades de conclusión y el contenido de múltiples contratos de aplicación que están por venir”*¹

¹ MOUSSERON, J.M. *Technique contractuelle*. Editions juridiques Lefebvre, Paris, 1998

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Para otros autores el contrato marco es aquel que “fija el objeto y las reglas generales que deben gobernar durante un largo período de tiempo las relaciones contractuales, como un prefacio o una introducción a esas relaciones”.²

Son características comunes a los contratos marco (i) la de estar destinados a permanecer largo tiempo, (ii) su carácter de contrato que regula las relaciones de las partes, simplificando así la ejecución de los contratos de aplicación, los cuales quedan subordinados al principal y (iii) el hecho de que al momento de celebrar el contrato marco no se prevé de manera precisa la ejecución de los contratos futuros. El contenido y alcance del objeto contractual se encuentran indeterminados y solo vienen a adquirir precisión mediante los acuerdos específicos posteriores.³

Esta modalidad contractual permite convenir desde el principio, y con aplicación para los futuros desarrollos encuadrados dentro del convenio general, las estipulaciones comunes a todos ellos. Se está así en presencia de un contrato formalmente celebrado y, como tal, fuente de las obligaciones de las partes en relación con lo que ha quedado acordado entre ellas originalmente.

Con independencia de que no se especifiquen o no se indiquen detalladamente la cantidad, volumen, valor de las obras o servicios, es claro que el contrato existe y se reputa perfecto desde el acuerdo de las partes sobre sus elementos esenciales, salvo que legal o convencionalmente se exijan requisitos para ello.

Respecto de sus efectos jurídicos, existe discusión alrededor de si existe o no la obligación de celebrar los contratos futuros,⁴ -contratos de aplicación o de ejecución-, no obstante lo cual es claro que

² Entre ellos LE TORNEAU, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7ª. Ed. Dalloz, Paris 2008, No.899

³ SORO RUSSELL, OLIVER. *Los contratos como fuente de normas: Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Colección Jurídica General, Monografías. Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2014. Pág. 101.

⁴ Sobre el particular GATSI considera que los contratos marco “llevarían implícita una voluntad común de colaboración (*affectio modulus*)” que finalmente se traduce en “una obligación de no hacer nada que comprometa la realización de los contratos de aplicación, dentro del marco de regulación preestablecido en ellos. (GATSI, Jean. *Le Contrat-Cadre*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 273)

Otros autores aluden a la “necesidad económica de contratar” como una “obligación fáctica” en aquellos casos en que la parte económicamente débil depende del contrato para subsistir en el mercado (ver Oliver Soro Russell, op. Cit. Pág.110). Para algunos otros, como FÉVROT, más que a la creación de obligaciones entre las partes, la finalidad del contrato marco está orientada a hacer la descripción del contenido y de la formación de los futuros contratos, dando así preponderancia más al contenido regulatorio del contrato que al contenido propiamente obligacional. (Citado en SORO RUSSELL, Oliver. Op. cit. Pág. 102).

Con independencia de que los contratos marco contemplen o no la obligación del contratante de celebrar los futuros acuerdos, en lo que sí parece haber consenso es en que el *contrat-cadre* siempre prevé la posibilidad de hacerlo, dejando su posterior conclusión para un acuerdo ulterior y en que se genera “la obligación inmediata de no hacer nada que frustre los objetivos establecidos en éste”. SORO RUSSELL, Oliver. Op. Cit. Pág. 102.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

siendo los contratos marco una categoría atípica, el elemento fundamental para definir esa cuestión estará en el acuerdo que hayan alcanzado las partes sobre el particular, así como lo que pueda desprenderse de los usos del sector económico en el que ellas actúen.

Por otra parte, en algunos de los estudios realizados sobre esta materia, el contrato marco ha sido incluido dentro de los llamados "contratos normativos" que son aquellos que tienen por objeto "establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro", sin que produzcan la obligación de celebrar los contratos posteriores. "Con ellos se fija únicamente el contenido de estos futuros contratos, que las partes no están obligadas a concluir, pero que pueden llegar a concluir."⁵

Sin embargo, otros reservan la noción de contratos normativos para aquellos contratos preparatorios "destinados a dar origen a futuros contratos tipos, sobre la base de una reglamentación de carácter imperativo, por estar de por medio el orden público, de la cual las partes no pueden separarse bajo pena de nulidad"⁶

A su turno, la doctrina clasifica los contratos normativos en tres grupos: "a) *Contratos de líneas rectoras, en los que se incluyen los contratos que los Bancos celebran con sus clientes para la regulación de futuras relaciones contractuales que se efectúan después en forma puramente fáctica. No tienen estos la fuerza vinculante de otros contratos normativos, como los contratos colectivos de trabajo, de los que difieren precisamente porque por mutuo disenso las partes pueden desviarse del contrato de líneas rectoras.* b) *El contrato colectivo de trabajo y figuras similares, cuya característica es la imperatividad de sus normas, dado el marcado matiz de orden público que entrañan las relaciones de trabajo entre empresas y trabajadores.* c) *Contratos en que una de las partes impone a la otra sus normas en virtud de una potestad legislativa propia o delegada del estado o fiscalizada por éste"*⁷

⁵ DIEZ- PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. Primero. Introducción Teoría del Contrato. Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1996, pág. 363 y ss.

⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Edición actualizada. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. En idénticos términos se expresa STIGLITZ, Rubén. *Contratos. Teoría General II*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993. Pág. 137. Para este autor, dichos acuerdos normativos se caracterizan porque su finalidad es crear normas jurídicas y ser la base de futuros contratos-tipo. Ejemplos de esta categoría de contratos en el derecho positivo argentino, son los "convenios colectivos de trabajo".

Para FERRARA los contratos normativos pertenecen a la categoría de los contratos preliminares. En sentido contrario, DIEZ PICAZO observa que de los contratos preliminares nace la obligación de concluir el contrato definitivo mientras que para aquellos la obligación que surge es la de "dar a los futuros contratos, que en sí mismos son voluntariamente concertados, el contenido establecido en el caso de que concluyan". Op. Cit. Pág. 363.

⁷ SANTOS BRIZ, Jaime. *La Contratación privada. Los problemas con el tráfico moderno*. Edit. Montecorvo, Madrid, 1966, Sobre este tema el autor cita a HUECK.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Desde otra perspectiva, FERNANDO HINESTROSA⁸ expresa que “[p]or acuerdo normativo se entiende aquel por medio del cual las partes determinan el contenido de los contratos que una de ellas llegue a celebrar con terceros. Ese pacto es vinculante para quien acepta seguir esa pauta, mas no para los terceros, de modo que si aquel incumple, el tercero permanecerá indemne, sujeto a los términos de su contrato y no del ajeno. El ejemplo más socorrido es el del distribuidor, p.ej., de vehículos, que al contratar con el productor se obliga a utilizar un ‘modelo’ de contrato en los contratos de venta a sus clientes. La doctrina resalta el hecho de que ninguna de las partes del contrato normativo se obliga a celebrar uno futuro, de donde surgiría una diferencia con el contrato preliminar propiamente dicho, con arreglo al cual ambas partes o una de ellas asume tal obligación”.

Finalmente, se distinguen los contratos normativos de la figura del precontrato pues en este ya existe un contrato que las partes pueden poner en vigencia en un momento posterior, mientras que “el contrato normativo es, en sí mismo, un contrato definitivo” cuya característica radica en su contenido relativo a las reglas a las que se someten las partes y “de él no se deriva la obligación de contratar en el futuro, sino sólo la de que, en el caso de que así suceda, se respeten las reglas acordadas.”⁹

Reconocida al menos la afinidad entre los contratos marco y los contratos normativos, son características comunes a ambos el hecho de que regulan la conclusión de otros negocios futuros, sin que generen la obligación de celebrar estos últimos.¹⁰

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano el contrato marco no constituye una promesa de contrato ni un negocio preparatorio de convenios futuros. Es en sí mismo un contrato perfecto desde su origen y de él dimanar las obligaciones tanto las que se hayan contraído originalmente con carácter general, como las que se especifiquen en el curso de su vigencia.

⁸ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El negocio jurídico*, Vol I pág. 879. El autor cita a SERRAO: *Il Contratto preliminare*.

⁹ DIEZ PICAZO. Op. Cit. págs. 363 y ss.

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, Sentencia de treinta (30) de septiembre de 2011, Ref: Proceso Ordinario No. 31200900447 01, trae la siguiente cita: “En el caso de los contratos normativos, que también podrían denominarse contratos marco, porque establecen las condiciones generales de orden comercial y financiero de los convenios que en virtud de ellos celebren sus contratantes, la conclusión puede ser diferente, en la medida en que los negocios jurídicos venideros necesariamente estarán regidos, si llegan a celebrarse –pues no existe obligación de hacerlo– por el entramado de estipulaciones generales previamente acordadas, por lo que previsto en aquéllos un pacto arbitral, éste se integrará al negocio jurídico ulteriormente ajustado. Lo propio puede afirmarse en relación con los denominados contratos de líneas rectoras, “cuyo único efecto es establecer las bases o directrices de futuros contratos”, pero que, a diferencia de los normativos, incorporan “pautas o líneas rectoras generales que pueden ser el resultado del acuerdo de ambas contratantes, o bien tratarse de cláusulas predispuestas por una de ellas a las cuales se adhiere la otra.” (Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos, Modalidades de Contratación Empresarial*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág 96.)

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

De esta manera, el contrato marco es vinculante desde el inicio sin que se requiera de nuevos acuerdos sobre aquello que ya está convenido. Las relaciones específicas que eventualmente se den en desarrollo del contrato, no son las que lo dotan de existencia o de validez pues se contraen a definir, en un momento dado, lo que de manera general ya ha sido estipulado eficazmente.

A diferencia de aquel contrato en el cual se establece de manera precisa, desde su celebración, el detalle y el valor específico de las obligaciones a cargo de las partes, en el contrato marco las obligaciones se materializan de manera concreta en el momento en que se conviene específicamente sobre su alcance y valoración, dentro de los lineamientos que dan las estipulaciones contractuales previamente establecidas.

El contenido concreto de las obligaciones queda, pues, para ser definido en oportunidad posterior a la celebración del acuerdo general, abstracto, lo que ocurre, v.gr, respecto del volumen, cantidad de obra, valor y demás datos indispensables para su determinación.

Sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos posteriores, coinciden los autores en su índole contractual pues se trata del consentimiento de ambas partes respecto de la determinación del objeto, precio y otras características específicas.¹¹

La valoración del precio en un contrato marco corresponde a un valor estimado dentro del cual queda comprendido, hasta el límite máximo de ese valor nominal, el precio específico de los bienes o servicios que eventualmente se contraten con cargo a aquél, por oposición al precio convenido de antemano como un valor preciso.

Desde el punto de vista de su función económico social esta modalidad contractual cumple un importante papel en cuanto que es un mecanismo muy útil para agilizar el intercambio cada vez más complejo de bienes y servicios, en sectores de amplio volumen de contratación, puesto que hace innecesario negociar y repetir para cada transacción, estipulaciones sobre aspectos que pueden ser establecidos en un solo acuerdo, desde el inicio, para regir todas ellas.

Formas flexibles de contratación como la que se materializa en los “contratos marco”, encuentran abundante aplicación, entre otros, en el campo de los seguros y reaseguros, el comercio exterior, la contratación bancaria, en el sector de hidrocarburos, y más recientemente en la compra de bienes y

¹¹ SORO RUSSELL, Oliver. Op. Cit. Pág. 102.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

servicios del Estado. Su utilidad deriva de que atienden adecuadamente la natural dinámica que requiere el ejercicio de tales actividades¹².

Por vía de ejemplo están las denominadas pólizas automáticas¹³, de muy frecuente utilización en el seguro de transportes. Con aplicación a sus condiciones generales establecidas inicialmente, se expiden certificados individuales de seguro en los cuales se especifican los bienes amparados, se determina su valor y se concretan otros datos indispensables para dar contenido a la obligación del asegurador, en relación con cada despacho o trayecto.¹⁴

De más reciente consagración legal, el Decreto 4170 de 2011 por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, asignó a esta entidad entre sus funciones la de “diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios” previstos en el artículo 2º de la ley 1150 de 2007, con el fin de optimizar y hacer más eficientes los procesos de compras y contratación pública¹⁵.

1.1. Caso concreto

A la luz de las anteriores consideraciones, el Tribunal pasa a examinar el Contrato No. 9015209, materia del presente litigio, y encuentra que, en efecto, se trata de un acuerdo o contrato marco, no solo por la literalidad de sus estipulaciones que así lo denominan, sino también por la forma como se estructuró y finalmente por la ejecución práctica que ambas partes hicieron del mismo.

¹² En Francia el contrato marco (*contrat cadre*) ha sido estudiado desde su utilidad práctica en la contratación a largo plazo como herramienta que ofrece seguridad y estabilidad mediante la configuración de un marco en el que se encuadren las relaciones de las partes. “En este contexto, el *contrat-cadre* aparecerá como un contrato que ‘simplifica las relaciones comerciales o jurídicas, ofrece seguridad a las partes en los contratos de larga duración, disminuye los riesgos de contencioso y prevé soluciones de cara a eventuales dificultades’ (A. SAYAG, *Le contrat-cadre*, Vol.1 Exploration comparative, Litec, París, 1994, pág. 18).

¹³ Código de Comercio. Art.50. La póliza flotante y la automática se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de enero de 1991. M.P. Eduardo García Sarmiento: “...es indudable que el contrato se perfecciona desde el momento mismo en que el asegurador suscribe la póliza(art. 1036 del C. de Co) y no cuando se produce el acto de su concreción.

Por otra parte, no habiéndose dispuesto nada en el artículo 1050 del C. de Co., acerca de la oportunidad en que los intereses y otros aspectos del contrato deben individualizarse, y teniendo en cuenta principalmente que la finalidad y el carácter automático de la póliza radican precisamente en que el cubrimiento del seguro opera incluso cuando no se hayan definido aquellos aspectos pendientes de concreción, resulta palmar y lógicamente procedente la tesis de que el contrato automático de seguro se estructura y tiene vida jurídica desde el momento en que se firma la póliza por el asegurador.”

¹⁵ Decreto 4170 de 2011. Artículo 3º. **Funciones.** La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: (...) 7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2º. de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

De conformidad con la CLAUSULA SEGUNDA del contrato, su objeto quedó establecido de manera general como la realización “de la OBRA” en los siguientes términos:

“CLAUSULA SEGUNDA. OBJETO DEL CONTRATO:

2.1 PETROBRAS encarga al CONTRATISTA y éste se obliga por sus propios medios a realizar la OBRA, a partir de la fecha de la ACTA DE INICIACIÓN y durante el término de duración del CONTRATO, de acuerdo con lo requerido y estipulado en los ANEXOS Nos. 1,2,3,4 y 5.

2.2. En caso de discrepancia entre los diferentes documentos de este CONTRATO, prevalecerán en primer lugar los términos y condiciones descritos en estas cláusulas, en segundo lugar los ANEXOS 1, 2, 3 y 5 de este CONTRATO y por último, el ANEXO No. 4, excepto cuando específicamente se indique otra cosa”¹⁶.

La “OBRA” enunciada en el objeto del contrato comprendía la ejecución de las “OBRAS CIVILES DE FACILIDADES Y ESTABILIZACION GEOTECNICA PARA LAS ASOCIACIONES BOQUERON, CONTRATO DE PARTICIPACIÓN DE RIESGO ESPINAL Y EXPLORATORIOS CENTRO”.

Para la Convocante la naturaleza de contrato de “OBRA”, enunciada así múltiples veces en el texto contractual, hace referencia a un contrato de confección de obra material regido por los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, noción que a su juicio se opone a la de contrato marco puesto que en el primero las obligaciones existen y se hacen exigibles desde el comienzo de su vigencia, en este caso desde el Acta del 18 de abril de 2012, y no solamente cuando Perenco expidiera las órdenes de trabajo puesto que el contrato no quedó sometido a condición suspensiva alguna.

La Convocante sostiene, en consecuencia, que el acuerdo de las partes las obligaba desde su origen a contratar y a realizar, respectivamente, dentro de la vigencia del contrato, las obras descritas de manera general hasta por el valor de \$17.193.004.805:

*“De suerte que, la naturaleza de contrato de “OBRA”, expresamente definida en el texto negocial, tiene pleno sentido para efectos de aplicar la legislación pertinente, según lo consignado en la cláusula **DÉCIMA CUARTA**, (ley aplicable-Punto 14.2, cuaderno pruebas No. 1 245R) en virtud de esta cláusula, el contrato se rige por la ley colombiana que rige*

¹⁶ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 004R

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

la actividad convenida), es decir, la que regula el contrato de obra. Pero igualmente tiene la mayor importancia para determinar el momento en el cual entran a regir los derechos y las obligaciones de las partes, lo que en palabras del mismo contrato, aconteció el abril 18 de 2012, fecha en que se firmó EL ACTA DE INICIACIÓN.

(...) En otras palabras, el contrato de obra y sus cláusulas se hacen exigibles a partir de la firma del acta de inicio y no solamente cuando Perenco expida una orden de trabajo...”¹⁷

La Convocada, por su parte, sostuvo en la contestación de la demanda que el Contrato celebrado entre las partes fue un contrato marco para la realización de distintas obras según las necesidades particulares de la empresa contratante. *“Un contrato marco, conocido también como un “Master Services Agreement”, es un contrato que establece unas condiciones generales que regulan las relaciones jurídicas entre las partes, pero que requieren de la elaboración de órdenes de servicio, de trabajos, de obra o de compra para concretar las condiciones detalladas y específicas bajo las cuales se prestará efectivamente el servicio, la obra o la compra. En efecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “acuerdo marco” como un “acuerdo normativo al que han de ajustarse otros de carácter más concreto.” Destacó que “Los contratos marco constituyen una herramienta de uso frecuente en la industria petrolera”, en los que se “plasman las directrices generales y aquellas políticas que tiene una compañía para la contratación general que no son susceptibles de ser negociadas, para evitar tener que repetir todas estas estipulaciones en los contratos que se estipulen bajo este marco y se vuelva más efectiva la contratación.”*

Precisó también que *“los contratos marco se ejecutan por medio de órdenes de obra, de trabajo, de servicios o de compra que concretan las condiciones específicas y detalladas bajo las cuales se prestará efectivamente el servicio, se construirá la obra, se realizará el trabajo, o se efectuará la compra. Estas órdenes las emite el contratante de acuerdo a sus necesidades particulares y en ellas debe plasmar la descripción y el alcance de las obras o trabajos a ejecutar y el valor específico de lo que se va a adquirir o a ejecutar. Por lo anterior, el contratante no tiene la obligación de emitir un número mínimo de órdenes para ejecutar una cantidad de obras determinada, o para comprar o contratar un número específico de bienes o servicios, pues precisamente el contrato marco es una herramienta que le permite ir concretando los trabajos, servicios o compras que requiere de acuerdo a las necesidades que le vayan surgiendo.”*

¹⁷ Alegaciones de Ingeniería Puntual Cuaderno Principal No. 2 folio 408

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Destacó finalmente el procedimiento usualmente desarrollado por las partes, que ratifica el entendimiento común sobre la modalidad contractual acordada, y que en la cláusula sobre el valor del contrato se señaló que este simplemente era una estimación del mismo, señalando igualmente que, según dicha estipulación, *“PERENCO no está obligada a utilizar los servicios hasta el valor total estimado. Tampoco puede afirmar que bajo el Contrato, PERENCO tenía la obligación de expedir Órdenes de Trabajo para cada cotización que solicitaba a INGENIERÍA PUNTUAL, pues tal obligación no existía bajo el Contrato.”*

Para el Tribunal, tal como ya se indicó, el “Contrato Marco” no corresponde, estrictamente, a un tipo o clase de contrato en particular y desde ese punto de vista no se distingue de otros de diversa naturaleza o tipología, sino que corresponde a una modalidad de contratación, a un particular diseño de la convención de las partes conforme al cual estas acuerdan las condiciones generales que gobernarán sus relaciones jurídicas futuras, en el curso de la vigencia del contrato.

La clasificación como un contrato de obra o de confección de obra material tipificado en la legislación civil, así como la de otros contratos legalmente nominados o no, en nada se opone a la posibilidad de que un contrato sea estructurado bajo aquella modalidad.

En efecto, encuentra el Tribunal que el convenio de las partes fue celebrado bajo la forma de un acuerdo “marco” que contenía las condiciones generales del negocio jurídico celebrado por los contratantes, entre ellas, fundamentalmente, el objeto del contrato enunciado de manera general, las tarifas o precios unitarios de los bienes, los servicios y actividades que eventualmente habrían de ejecutarse y su vigencia o término de duración.

Las obligaciones que de él dimanaban nacieron, en efecto, como también se precisó, desde el inicio, pero su contenido, su alcance y valoración quedaron sujetos a posterior definición o concreción.

Tanto las estipulaciones del contrato como los demás documentos que forman parte de aquel, dan cuenta inequívoca del entendimiento de las partes de estar celebrando un convenio de esas características. En este sentido, el testigo Yilber Duvan Sterling Cardozo señaló:

DRA. MORA: ¿Manifestó usted que ese contrato había sido ampliado, sabe por qué razón se amplió ese contrato?

*SR. STERLING: Sí señora, como lo decía, el contrato de A.S. Ingeniería Puntual es un contrato marco, **en palabras coloquiales un contrato marco es un acuerdo de precios por***

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

un período de tiempo, ese acuerdo de precios es un acuerdo de precios de unas actividades específicas de la especialidad de cada empresa, para este caso específico es el contrato marco de obras civiles para proyectos y siendo un contrato marco, un acuerdo de precios por un período de tiempo, estos períodos de tiempo normalmente oscilan entre uno y tres años, específicamente para el de Ingeniería Puntual era de dos años.

Éste contrato marco funciona como un cupo en una tarjeta de crédito donde a usted le asignan un cupo y a medida que la compañía en el día a día va teniendo diferentes necesidades, va generando órdenes de servicio dentro de ese contrato marco, las va formalizando, ejecutando, pagando y poco a poco en el transcurso de ese período va gastándose ese cupo hasta llegar a su tope, este contrato o estos contratos se acaban por dos razones, una porque se les termina su vigencia o dos porque se llegase a terminar su dinero, cualquiera de las dos que ocurra antes.

Pero es muy claro que como es un contrato marco y en los documentos del contrato así lo estipula, en las últimas páginas del contrato que hace parte integral de contrato se puede evidenciar que las cantidades a ejecutar son cero y eso quiere decir que el contrato se va ir desarrollando y se va ir haciendo un control financiero del cupo que se tenga para ese contrato, como las cantidades a ejecutar son ceros.

Entonces a medida que el contrato vaya avanzando se va revisando qué necesidades hay y el contrato también en una cláusula que no la recuerdo, estipula que el contratante, en ese entonces Petrobras, hoy Perenco, tiene la potestad de ejecutar el 100, el 90, el 80, el 70, todo depende de las necesidades que tenga y todo depende del desarrollo del mercado, de los proyectos que se desarrollen, que cumplan los financieros, que se puedan ejecutar”.¹⁸ (Ha resaltado el Tribunal)

Desde la solicitud de ofertas No. 49539 que formuló Petrobras para realizar las obras, se mencionó expresamente que la modalidad de contratación sería la del Contrato Marco y que mediante Órdenes de Trabajo se habrían de definir las cantidades de obra por ejecutar, liquidadas conforme a los precios unitarios propuestos por el contratista y pagadas de acuerdo con las cantidades realmente ejecutadas y aceptadas por la Interventoría.

“SOLICITUD DE OFERTAS No.49539

¹⁸ Cuaderno de Pruebas No.3, folios 910 y 911

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

OBRAS CIVILES DE FACILIDADES Y ESTABILIZACION GEOTECNICA PARA LAS ASOCIACIONES BOQUERON, CPR ESPINAL Y EXPLORATORIOS CENTRO"

ANEXO NO. 1: ALCANCE DEL SERVICIO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

(...)

2 ALCANCE

Tipo de contrato

La modalidad de contratación será por medio de Contrato Marco Liquidado por precios unitarios establecidos por los contratistas y ejecutados a través de Órdenes de Trabajo que definen la cantidad de obra a facturar, pagadas de acuerdo con las cantidades realmente ejecutadas y aceptadas por la interventoría".¹⁹ (Ha resaltado el Tribunal)

Con ese entendimiento, Ingeniería Puntual presentó su oferta y, una vez aceptada por Petrobras, hoy Perenco, aquella se obligó a suscribir el contrato en tales condiciones, sin que hubiera manifestado ni hecho evidente que tuviera una discrepancia de criterio o de interpretación respecto de la modalidad contractual bajo la cual se obligaba a realizar las obras.

La expresa previsión acerca de que se trataba de un contrato marco se reitera en la Cláusula NOVENA del ANEXO 1 DE LA SOLICITUD DE OFERTAS, en términos cuya literalidad no ofrece duda alguna:

"CLAUSULA NOVENA. (...) 9.1 MODALIDADES DE CONTRATO

La modalidad de contratación será por medio de Contrato Marco liquidado por órdenes de trabajo a precios unitario, facturados de acuerdo con las cantidades realmente ejecutadas y aceptadas por la interventoría.

Para las Órdenes de Trabajo para Construcción por tratarse de un contrato de construcción, el IVA aplica sobre el porcentaje de Utilidad.

Para las Órdenes de Servicios o "Gestión Reembolsables" el IVA aplica sobre el total de la administración de la gestión."²⁰ (Ha resaltado el Tribunal)

Por su parte, en las ESPECIFICACIONES DE CONSTRUCCION del Contrato, PROCEDIMIENTO DE COORDINACIÓN ICOM-ES-GE-003, al estipular el procedimiento de coordinación entre Petrobras, hoy

¹⁹ Cuaderno de Pruebas No.2, folio 291

²⁰ Cuaderno de Pruebas No.2, folio 299

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Perenco, el CONTRATISTA y la INTERVENTORÍA, se expresa que su objetivo es el de establecer los lineamientos operativos para la ejecución del contrato, mediante “contratos Marco” cuyo objeto general sea la prestación de servicios de construcción en las distintas especialidades.²¹ (Ha resaltado el Tribunal)

**“ESPECIFICACIONES TÉCNICAS
PROCEDIMIENTO DE COORDINACION ICOM-ES-GE-003
1. INTRODUCCIÓN**

Este procedimiento es de obligatorio cumplimiento por parte de Petrobras, Interventoría y el Contratista. Es un documento contractual y cualquier diferencia que se presente, ya sea en relación con el contrato o con las condiciones generales, dichos documentos prevalecen sobre este procedimiento.

El objetivo es establecer los lineamientos operativos a desarrollar por Petrobras, Interventoría y el Contratista para la ejecución de la construcción y/o desarrollo de facilidades de producción de las diferentes Asociaciones operadas por la UNIDAD DE NEGOCIOS COLOMBIA UN –COL, mediante contratos Marco cuyo objeto sea la prestación de servicios de construcción en las especialidades Civil, Mecánica, Eléctrica e Instrumentación.

El control del cumplimiento del presente documento es responsabilidad de Interventoría, incluyendo su modificación, previa autorización de Petrobras. La aplicación la aplicación y cumplimiento es responsabilidad de cada una de las partes involucradas en lo que a cada cual le corresponde.” (Ha resaltado el Tribunal)

Y de nuevo, en el “Acta de Inicio de Servicios” de 18 de abril de 2012, consta que era un “Contrato Marco”, bajo la modalidad de tarifas unitarias fijas²².

El contrato marco no contenía la definición particular de las obras o servicios cuya ejecución estaría a cargo del CONTRATISTA, pues estas se habrían de realizar en el futuro a medida que le fueran requeridas discrecionalmente por Perenco.

²¹ Cuaderno de pruebas No.1, folio 57

²² Cuaderno de Pruebas No.2, folio 430

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Así las cosas, no se encontraban especificados desde su origen el alcance, cantidad, volumen y valor de las obras o servicios. Su determinación y precio estaban subordinados a que fueran requeridos por Perenco durante el término de duración del contrato, ejecutados y liquidados conforme al procedimiento, tarifas unitarias y condiciones previamente estipulados. Así lo señaló la Representante Legal de Ingeniería Puntual durante su interrogatorio de parte:

*“DR. SUÁREZ: **Pregunta No. 5.** ¿Sírvese decir, cómo es cierto, sí o no y yo afirmo que es cierto, que para ejecutar cada obra en particular en virtud del contrato, Ingeniería Puntual requería que Perenco confirmara haberse emitido una orden de trabajo?*

*SRA. BOLAÑOS: Es cierto, quisiera como exponerles como cuál era la dinámica para las órdenes de trabajo que hicieron parte del contrato, de hecho nosotros hicimos para espinal 140 órdenes de trabajo y para Guamo más o menos 100, entonces cómo era el procedimiento para ejecutar esas órdenes de trabajo, **los supervisores técnicos de Perenco nos entregaban unas ingenierías que hace referencia a unos planos de detalle, hacíamos la visita a campo, con eso nos solicitaban estimar los presupuestos con nuestras tarifas que aparecen en el anexo número uno del contrato.***

Entonces determinábamos cantidades de obra, hacíamos los presupuestos y los PDT que son programas detallados de trabajo o cronograma para cada una de esas órdenes de trabajo, una vez elaboradas se le entregaba al supervisor técnico de Perenco y ellos las analizaban, las estudiaban, nos sentábamos con el residente, muchas veces estaba yo y ellos hacían las observaciones pertinentes en reuniones o en comités, se hacían los ajustes, ellos ya aceptaban el presupuesto, el PDT, elaboraban su orden de trabajo y nos daban la autorización para iniciar los trabajos.

*Normalmente y yo diría que en el 90% de todas las autorizaciones, se hicieron verbalmente e ingresábamos nosotros a los sitios de trabajo, ese era el procedimiento para cada una de las órdenes de trabajo”.*²³ (Ha resaltado el Tribunal)

Por otra parte, debe destacarse que el valor del contrato se acordó como un valor nominal (CLAUSULA OCTAVA), solo estimativo del precio máximo que se pagaría a Ingeniería Puntual por la cantidad real, final, de las obras y servicios ejecutados por ella, así:

²³ Cuaderno de pruebas No.3, folios 840 y 841

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

“CLAUSULA OCTAVA: VALOR DEL CONTRATO

El valor estimado del CONTRATO, es de diecisiete mil ciento noventa y tres millones cuatro mil ochocientos cinco pesos (COP \$17.193.004.805) incluido IVA”²⁴

A juicio de la Convocante, sin embargo, si bien es cierto que dicho valor se determinó como una suma estimada, lo era exclusivamente en relación con los ítems del Anexo 1 del Contrato que contiene las tarifas unitarias y así considera que debe interpretarse el PARAGRAFO PRIMERO de la CLAUSULA OCTAVA²⁵ que expresa:

“CLAUSULA OCTAVA. (...) PARAGRAFO PRIMERO: *El valor atribuido a este CONTRATO, es un valor estimativo. Petrobras no está obligado a utilizar los servicios definidos en el ANEXO No. 01, hasta el valor total estimado. PETROBRAS apenas pagará las tarifas indicadas en el ANEXO No. 01 por las cantidades reales ejecutadas y aprobadas por PETROBRAS y certificadas por la INTERVENTORIA, durante la vigencia del CONTRATO.”*

En otras palabras, según la Convocante esta estipulación debe interpretarse en el sentido de que Petrobras, luego Perenco, no quedaba obligado a contratar la totalidad de los ítems o servicios referidos en el Anexo No. 01, sino que *“solamente pagará las sumas que arrojen las cantidades de obra ejecutadas y aprobadas, aplicando los valores consignados en el anexo No. 01”²⁶*:

“... lo consignado en el PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO OCTAVO (cuaderno pruebas pág. 240R), en el sentido que el valor del contrato es estimativo, se debe entender que dicha estimación se refiere y relaciona exclusivamente con el anexo Nro. 01.(...) Es claro que el valor del contrato se determinó por la suma de \$17.193.004.805, como una suma estimada, pero exclusivamente con relación al anexo No. 01 que contienen las tarifas unitarias previamente convenidas por las partes...”.

“...por lo que Petrobras no quedó obligado a contratar todos los servicios allí especificadas y desglosados, por cada uno de los ítems especificados en el mencionado anexo No. 01, siendo posible que nunca solicite la instalación del Baldosín Cerámico, tablón de gres y por lo tanto, solamente pagará las sumas que arrojen las cantidades de obra ejecutadas y aprobadas, aplicando los valores consignados en el anexo No. 01”²⁷

²⁴ Cuaderno de pruebas No.1, folio 007R

²⁵ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 240R

²⁶ Cuaderno de pruebas No.1, folio 254

²⁷ Alegaciones de Ingeniería Puntual, Cuaderno principal No.2, folio 410

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Para el Tribunal es claro, por el contrario, que no se trataba de un valor fijo que debía ser pagado necesariamente al CONTRATISTA y que Petrobras, hoy Perenco, no estaba obligado a utilizar los servicios hasta agotar dicho valor, como tampoco era esa la dinámica de ejecución del contrato. No existía, pues, el derecho del contratista a que le fueran contratadas obras hasta por ese valor y su mera expectativa no puede constituir fuente de obligaciones para Perenco.

Aduce el Convocante que la intención de los contratantes sí era “copar” la suma de \$17.193.004.085 señalada como valor estimado del contrato (acta de “INICIO DE SERVICIOS” de abril 18 de 2012), y para demostrarlo anota que la sumatoria de las cotizaciones pedidas a Ingeniería Puntual, incluyendo las cinco (5) que no fueron aprobadas por Perenco, más la Orden de Trabajo para Isla 25 que no se ejecutó, arroja una cifra muy aproximada al valor dejado de ejecutar del Contrato.

“... [L]a intención de los contratantes si era copar la suma de \$17.193.004. 085 señalada como valor del contrato en el acta de “INICIO DE SERVICIOS” de fecha abril 18 de 2012, se desprende de la circunstancia que las 5 cotizaciones relacionadas en el hecho 17 de la demanda y que no fueron tenidas en cuenta por Petrobras suman \$1.218.953.575, más el valor correspondiente a la orden de trabajo para la Isla 25 por la suma de \$3.333.560.134, lo que nos da un total de \$4.552.513.709.00, suma muy próxima a los \$4.502.172.011 dejados de ejecutar, según lo expresado en el hecho 14 de la demanda.”²⁸

Para el Tribunal ese hecho resulta solo circunstancial y no se puede derivar de ahí la consecuencia aducida por la Convocante, para concluir, sin otros elementos de juicio, que Perenco tuviera la “intención” de contratar las obras hasta agotar el valor máximo estimado del contrato.

De otro lado, si bien se ha precisado que las obligaciones derivadas del contrato nacieron desde su celebración, dicho surgimiento se dio de manera general o abstracta. Su concreción y valoración solo se producía mediante las Órdenes de Trabajo en las cuales quedarán especificadas las obras y servicios requeridos por Petrobras, luego por Perenco.

En el contrato las Órdenes de Trabajo estaban definidas de la siguiente manera:

“CLAUSULA PRIMERA: DEFINICIONES:

²⁸ Alegaciones de Ingeniería Puntual, Cuaderno principal No.2 folio 411

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

*(...) ORDEN DE TRABAJO: significa el documento en el cual se acuerdan las condiciones (valor estimado y plazo) correspondientes a una o varias obras que haya solicitado PETROBRAS al CONTRATISTA según el alcance de este contrato. Este documento reflejará los acuerdos entre las PARTES en cuanto a alcance, plazo y valor..."*²⁹

A su turno, en el ANEXO 1 DE LA SOLICITUD DE OFERTAS No. 49539, que forma parte del ANEXO 3 del contrato, se establece contractualmente el procedimiento para elaborar, aceptar y aprobar las órdenes de trabajo en las cuales se determinaban las cantidades de obra por ejecutar y su costo.

"SOLICITUD DE OFERTAS No. 49539

OBRAS CIVILES DE FACILIDADES Y ESTABILIZACION GEOTECNICA PARA LAS ASOCIACIONES BOQUERON, CPR ESPINAL Y EXPLORATORIOS CENTRO"

ANEXO NO. 1: ALCANCE DEL SERVICIO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

(...) 4.2 ORDENES DE TRABAJO PARA EJECUCION DE PROYECTOS

a) Se elaborará una Orden de Trabajo con cargo al CONTRATO MARCO, acompañada de los documentos y planos de ingeniería suficientes para preparar el plan de trabajo detallado del proyecto u obras solicitadas de acuerdo con las fechas esperadas de terminación. La gestión de cada orden de trabajo y de cualquier proyecto estará basada en las buenas prácticas de la Guía de los fundamentos de la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK), última edición.

b) La orden de trabajo debe ser elaborada por el CONTRATISTA y aprobada por la Interventoría con base en los planos y documentos de ingeniería que permitan establecer la cantidad de obra a ejecutar y por tanto al costo estimado de acuerdo con los ítems contractuales de pago.

c) El contratista una vez reciba la solicitud de Orden de Trabajo elaborará cronograma detallado de actividades que se considerará compromiso contractual y preparará un presupuesto económico, con base en la cantidad de obra a ejecutar con los precios oficiales del CONTRATO MARCO. Con ello se determina el valor y el plazo oficial de la

²⁹ Cuaderno de pruebas No.1, folio 004

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Orden de Trabajo. La orden de trabajo debe firmarse a más tardar a los diez días calendario de haberse recibido la solicitud. Con la orden de trabajo debe adjuntarse anexo con las fechas estimadas de entrega de equipos, materiales, tableros etc.

d) Cada Orden de Trabajo se formalizará mediante ACTA DE APERTURA DE ORDEN DE TRABAJO firmada conjuntamente entre la Interventoría y CONTRATISTA en la cual se hace constar la fecha de iniciación, plazo, fecha de finalización, objeto, costo y número de pedido. Igualmente para formalizar esta ACTA DE INICIO se dará cumplimiento a los requerimientos de la hoja de ruta establecida por PETROBRAS para dejar evidencia del cumplimiento en las obligaciones del CONTRATISTA en SMS. Previamente se formalizará con la superintendencia la liberación de las áreas de trabajo donde se evidenciará el cumplimiento de obligaciones legales como son los permisos ambientales de licencia y PMA, municipales si aplica, divulgación o socialización entre los trabajadores y comunidades de estas obligaciones, negociación de tierras si se requiere.

e) EL CONTRATISTA anexará póliza de cumplimiento equivalente al monto de la Orden de Trabajo o presentará una póliza de cumplimiento con vigencia anual que cubra el valor promedio de órdenes colocadas.

F) Durante la elaboración de la Orden de Trabajo quedará claramente definido cómo se recibirá cada actividad de tal manera que no se aceptará ningún otro documento, acuerdo, homologaciones que establezcan en campo entre el CONTRATISTA y los interventores. Si se requiere incluir cantidades adicionales se hará previa verificación y aprobación del Coordinador del Proyecto de PETROBRAS, donde se establezca cantidades y monto, debidamente aprobadas por personal de Petrobras o de la Interventoría definida por Petrobras. Obras o cantidades no incluidas en la Orden de Trabajo no podrán ejecutarse ni incluirse en las actas de facturación y será responsabilidad del CONTRATISTA la demora en los pagos correspondientes. Toda obra realizada sin la correspondiente autorización será a costo del CONTRATISTA. No serán facturables las cantidades de obra por el solo hecho de haber sido verificada por un inspector de Interventoría. Solo se podrá facturar contra el Item correspondiente de la Orden de Trabajo previa aceptación del trabajo y la documentación con los registros de calidad correspondiente".³⁰

³⁰ Cuaderno de pruebas No.2, folios 292 y 292R

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Como se desprende de su texto, una vez que el CONTRATISTA recibía la solicitud de elaborar la Orden de Trabajo para unas obras específicas “con cargo al CONTRATO MARCO”, debía elaborar un cronograma detallado de las actividades por realizar y preparar un presupuesto económico, para determinar el valor y el plazo en que se ejecutarían.

El detalle de la obra o trabajos se hacía con base en los planos y documentos de ingeniería entregados por Perenco, que permitieran establecer la cantidad de obra o los trabajos específicos y su costo estimado, liquidado con las tarifas unitarias preestablecidas. De esta manera quedó confirmado en el Peritaje Técnico elaborado por la Ingeniera Civil María Cristina Ruiz Aponte, quién señaló:

“Como bien se puede identificar NO es hasta cuando se elabora una ORDEN DE TRABAJO, el momento en que se designa la ubicación y alcance exacto, la ingeniería de detalle relacionada, las actividades, presupuesto y programación a ejecutar concretos, dentro del Contrato Marco a suscribir”.³¹

Se trataba, en cada ocasión, de nuevos acuerdos de voluntades de las partes pero con referencia a las estipulaciones del contrato marco, sobre el alcance, volumen o cantidad, plazo y valores de las obras o servicios por ejecutar, los cuales se liquidaban con base en las tarifas o precios unitarios pactados originalmente.

Para la Convocante, el elemento determinante para que le fuera aceptada la Oferta de Ingeniería Puntual y la adjudicación del Contrato No. 9015209 “fue precisamente el precio a valor unitario de los servicios a prestar según lo consignado en el anexo No. 01”, de donde colige que era obligación de Petrobras, luego de Perenco, expedir las Órdenes de Trabajo si el presupuesto remitido por Ingeniería Puntual se ajustaba a los valores contenidos en el Anexo No. 01.

En su concepto, “una vez presentada cualquier cotización (por Ingeniería Puntual), con sujeción a dicho anexo y demás términos contractuales, se debía expedir por Perenco la correspondiente orden de trabajo”. En el mismo sentido arguye que “Perenco solo podía abstenerse de expedir la orden de trabajo, si la cotización o presupuesto presentado por Ingeniería Puntual no correspondía a lo requerido o no se ajustaba a los anexos 1, 2, 3, 4 y 5 del contrato”³²

Anota el Tribunal que no se trataba, en rigor, de una nueva “cotización” de los ítems contractuales pues estos ya se encontraban definidos en el ANEXO No. 01 del Contrato, sino de un presupuesto

³¹ Cuaderno de pruebas No.3, folio 745

³² Alegaciones de Ingeniería Puntual. Cuaderno Principal No.2, folios 415 y 419

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

económico que debía elaborar el CONTRATISTA en función del volumen o cantidades de obra o del alcance de los servicios, una vez determinados, presupuesto que era evaluado y que podía no ser aceptado por Perenco, como en efecto ocurrió en algunos casos.

Sostiene incluso, la Convocante, que sería desconocer el principio de la buena fe reconocer que existía acuerdo sobre los precios unitarios para ejecutar las obras pero que, una vez cotizadas, no hubiera en cambio obligación alguna para Perenco de contratarlas si se ajustaban a lo previsto en el contrato.

Para el Tribunal, si ese era el entendimiento de Ingeniería Puntual sobre el alcance del contrato, no quedó demostrado, en todo caso, que dicha compañía hubiera empleado personal o equipos para desarrollar los trabajos ante la sola presentación del presupuesto, particularmente en los casos en que no le fueron aceptados, como tampoco en aquellos relacionados con el valor que quedó pendiente por ejecutar.

No fue esa, sin embargo, la forma como se ejecutó siempre el Contrato ni lo acordado sobre el particular. De conformidad con la cláusula 4.2 del ANEXO No.1 DE LA SOLICITUD DE OFERTAS que forma parte del ANEXO 3 del Contrato, que se acaba de transcribir, la gestión de cada orden de trabajo surtía un procedimiento formal que implicaba la previa aprobación de la Interventoría respecto de los planos y documentos de ingeniería, las cantidades de obra y el costo estimado y se formalizaba mediante ACTA DE APERTURA DE ORDEN DE TRABAJO firmada conjuntamente entre la Interventoría y el Contratista.

Según la estipulación contractual, para iniciar la construcción o la prestación del servicio, cada Orden de Trabajo debía formalizarse haciendo constar el acuerdo sobre *“fecha de iniciación, plazo, fecha de finalización, objeto, costo y número de pedido”* y con el previo cumplimiento de los requisitos establecidos por Petrobas, luego Perenco, consignados en esta misma cláusula.

Que el presupuesto debía ser aprobado previamente por el contratante lo confirma la declaración de Sandra Bolaños, Representante Legal de Ingeniería Puntual, rendida el 5 de agosto de 2015:

“SRA. BOLAÑOS: ... quisiera como exponerles como cuál era la dinámica para las órdenes de trabajo que hicieron parte del contrato, de hecho nosotros hicimos para espinal 140 órdenes de trabajo y para Guamo más o menos 100, entonces cómo era el procedimiento para ejecutar esas órdenes de trabajo, los supervisores técnicos de Perenco nos entregaban unas ingenierías que hace referencia a unos planos de detalle, hacíamos la visita a campo,

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

con eso nos solicitaban estimar los presupuestos con nuestras tarifas que aparecen en el anexo número uno del contrato.

Entonces determinábamos cantidades de obra, hacíamos los presupuestos y los PDT que son programas detallados de trabajo o cronograma para cada una de esas órdenes de trabajo, una vez elaboradas se le entregaba al supervisor técnico de Perenco y ellos las analizaban, las estudiaban, nos sentábamos con el residente, muchas veces estaba yo y ellos hacían las observaciones pertinentes en reuniones o en comités, se hacían los ajustes, ellos ya aceptaban el presupuesto, el PDT, elaboraban su orden de trabajo y nos daban la autorización para iniciar los trabajos.”³³

De esta manera, si bien las tarifas o precios unitarios ofrecidos por Ingeniería Puntual habían sido previamente acordados, no lo estaban, en cambio, la cantidad de obra o el alcance de los servicios requeridos en cada ocasión y, por ende, tampoco su valoración. Así pues, no se trataba únicamente de verificar que el presupuesto estuviera ajustado a las tarifas o precios preestablecidos en el contrato marco, sino del acuerdo de las partes respecto del específico alcance, plazo y valor de las obras o trabajos solicitados.

En tal sentido basta repasar la definición de la Orden de Trabajo prevista en el Contrato:

“CLAUSULA PRIMERA: DEFINICIONES:

(...) ORDEN DE TRABAJO: significa el documento en el cual se acuerdan las condiciones (valor estimado y plazo) correspondientes a una o varias obras que haya solicitado PETROBRAS al CONTRATISTA según el alcance de este contrato. Este documento reflejará los acuerdos entre las PARTES en cuanto a alcance, plazo y valor...”³⁴ (Ha resaltado el Tribunal)

Y anota además el Tribunal que, aún expedida una Orden de Trabajo, en cualquier estado de su trámite o de su ejecución, nada obstaba para que se pudiera suspender, cancelar o modificar, siempre que tal designio correspondiera a la voluntad concorde de las partes.

Para proceder al pago, en efecto, debían determinarse entre el Contratista y la Interventoría las cantidades de obra realmente ejecutadas. El valor específico se debía hacer constar en actas de obra y

³³ Cuaderno de Pruebas No.3, folios 840 y 841

³⁴ Cuaderno de Pruebas No.1, folio 004

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

éstas quedaban sujetas a la aprobación de Perenco, para que Ingeniería Puntual pudiera presentar las facturas respectivas.

“CLAUSULA OCTAVA. (...) 8.2 *La evaluación de las cantidades de obra ejecutadas y la medición de las cantidades aceptadas será hecha por el CONTRATISTA y la INTERVENTORÍA y se harán constar en actas de obra, las cuales deberán ser aprobadas por PETROBRAS, para que el CONTRATISTA pueda presentar las respectivas facturas, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena # Facturas y Forma de Pago de éste CONTRATO.”*³⁵

A su turno, para efectos de la facturación se hizo explícito que si bien se trataba de un solo contrato cuyo objeto comprendía la realización de obras en diferentes lugares y para diversas asociaciones o fases de operación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos de Petrobras, luego Perenco, se debían facturar separadamente los cargos por cada asociación o fase, con el solo propósito de facilitar el manejo contable del contratante:

“CLAUSULA NOVENA. 9.1.2. FACTURAS Y FORMA DE PAGO.

(...) 9.1.2 El CONTRATISTA declara que conoce y acepta que realizará las OBRAS objeto de este CONTRATO en diferentes lugares dentro del territorio nacional, y para asociaciones o fases de operación distintas, en los cuales PETROBRAS desarrolla actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Por lo anterior el CONTRATISTA se obliga a facturar separadamente los cargos por las OBRAS correspondientes a cada asociación o fase, así:

*Contrato de Participación de Riesgo Espinal
Contrato Principal: 9015209, Contrato Satélite: 9015226*

*Contrato de Asociación Boquerón
Contrato Principal: 9015209, Contrato Satélite: 9015227*

*Contrato de Proyectos Exploratorio
Contrato principal: 9015209, Contrato Satélite: 9015228*

³⁵ Cuaderno de pruebas No.1, folio 008

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

*Esta distinción se hace únicamente para facilitar el manejo contable de PETROBRAS y por lo tanto el CONTRATISTA declara que conoce y acepta que este contrato es uno solo, y que como tal la obra contratada también es una.*³⁶

Observa el Tribunal que la ejecución práctica que ambas partes hicieron del Contrato se reguló siempre por las estipulaciones que se han dejado reseñadas, así respecto de la definición de las obras que realizó Ingeniería Puntual, la expedición de las Órdenes de Trabajo, el trámite para su aprobación, facturación y pago y otras más. Al propio tiempo, se anota que Ingeniería Puntual no reclamó a Perenco, durante la vigencia del contrato, su pretendido derecho a la contratación para realizar nuevas obras como tampoco respecto de hacerlo hasta por el valor total estimado del contrato.

Y concluye el Tribunal que, no solo las estipulaciones expresas de las partes, sino también la conducta que desarrollaron y la ejecución que ambas hicieron del Contrato, denota su entendimiento de estar bajo un contrato marco o acuerdo general, cuyas estipulaciones regulaban las relaciones jurídicas entre ellas, tanto las previstas originalmente como las que surgían en el curso de vigencia del Contrato; que bajo esa modalidad, el Contrato no estaba referido a la confección de una obra material específica, por un valor predeterminado, sino que su objeto comprendía la ejecución de distintas obras determinables dentro del objeto general; que no era obligación del Contratante utilizar todos los servicios que en su momento le ofreció Ingeniería Puntual ni emitir un cierto y determinado número de órdenes de trabajo a la Convocante, como tampoco hacerlo hasta por el valor total estimado del Contrato; que la concreción o determinación de las obras a cargo de Ingeniería Puntual se produjo siempre mediante las Órdenes de Trabajo que emitió Perenco a su discreción; que dichas órdenes se emitían para precisar los términos y condiciones para la realización de cada obra específica, su alcance, cantidad de obra, valoración económica, plazo y demás condiciones particulares; que Perenco presentaba los planos e ingeniería de detalle de la obra que requería en particular y solicitaba a Ingeniería Puntual un presupuesto que aquella elaboraba con base en los precios unitarios previamente establecidos en el Anexo 1 del Contrato; que Perenco no estaba obligado a aprobar el presupuesto que presentara Ingeniería Puntual ni a emitir la Orden de Trabajo o a autorizar el inicio de la obra ante la sola presentación del presupuesto, puesto que ambos eventos estuvieron siempre sujetos a la previa aprobación del Contratante y, en fin, que el procedimiento para el pago por la realización de las obras específicas, fue siempre el estipulado en el Contrato marco, respecto de la presentación de las facturas y su previa aprobación por Perenco.

³⁶³⁶ Cuaderno de Pruebas No.1, folios 008R y 009

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

Con fundamento en las consideraciones precedentes y en las pruebas existentes en el proceso y con aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 1618, 1621 y 1622 del Código Civil, conforme a las cuales “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, que “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, y la relativa a que “las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”, el Tribunal concluye que el negocio jurídico celebrado por Perenco e Ingeniería Puntual es un contrato marco para la realización de obras civiles, que rigió las relaciones entre las partes con el alcance que ha quedado señalado y en tal sentido encuentra probada la excepción denominada “Inexistencia de la obligación de Perenco de contratar un número mínimo de Órdenes de Trabajo y de contratar obras hasta el total de valor estimado bajo el Contrato” y así habrá de declararlo en la parte resolutive de este Laudo.

2. EL PRETENDIDO CARÁCTER ABUSIVO DE ALGUNAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

2.1. El régimen de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano

La contratación moderna, fundada sobre las bases de la buena fe y la lealtad negocial, exige que las estipulaciones y compromisos contractuales se ciñan a los cánones de comportamiento que se derivan de directrices tales como la transparencia, la ausencia de abuso del derecho, el equilibrio prestacional, la salvaguarda del interés o fin práctico del contrato, en otros. Así pues, cuando una disposición contenida en un acuerdo de voluntades contraviene los requerimientos señalados previamente, el ordenamiento contempla diversos remedios y controles para sancionar el comportamiento desleal, abusivo o torticero, así como para restablecer el desequilibrio generado por el aprovechamiento de una situación contraria a derecho.

De esa manera, el principio de intangibilidad de los contratos, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, y que otrora fuera inviolable, en cuanto a que las disposiciones convenidas por los contratantes se convertían en ley para las partes, con carácter incuestionable, en la actualidad ha sido reformulado para dar paso a múltiples controles sobre la reglamentación que los contratantes disponen para regular su relación jurídica, de tal forma que la autonomía de la voluntad privada conoce, en la contratación moderna, nuevos límites y requerimientos para su ejercicio.

El ordenamiento colombiano ciertamente no es ajeno a esta tendencia, como lo muestran los recientes desarrollos jurisprudenciales y legislativos en materia de control del contenido contractual a

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

la luz de la buena fe y la sanción de su desconocimiento a través del régimen de las cláusulas abusivas. Así, por ejemplo, en sede arbitral se ha reconocido que el contrato *"impone igualdad jurídica como núcleo central de la 'relación jurídica patrimonial' a desarrollar, con el fin de preservar el equilibrio de las partes e impedir la imposición de cláusulas abusivas o que aseguren el predominio del interés de una de ellas, pues la autonomía de la voluntad privada en el campo de la contratación, ha de entenderse como libertad de participar en la contratación y de establecer, así mismo, de manera libre, el contenido y alcance del negocio convenido, sin que pueda entenderse que esta libertad habilita para lograr condiciones generales vejatorias, abusivas o desleales. Las así formuladas, deben ser reprimidas, pues la libertad y los instrumentos con los cuales adquiere su mayor presencia, como el desarrollo contractual de las relaciones privadas, deben ser empleadas, de igual manera, con pulcritud y transparencia, para que en ella se origine, una buena y equilibrada ley para las partes."*³⁷

En Colombia, la ausencia de una regulación general o especializada en materia de cláusulas abusivas, diferente de la atinente a los contratos para la prestación de servicios públicos, dio lugar a que fuera la jurisprudencia la encargada de desarrollar, en primer término, los criterios generales para establecer la existencia de este tipo de estipulaciones. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a partir de un estudio comparado de diferentes legislaciones foráneas, y teniendo en cuenta la regulación contemplada en la ley 142 de 1994, afirmó que son elementos para la identificación de una cláusula abusiva los siguientes: *"a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes."*³⁸

Análogamente, la justicia arbitral, con antelación a la actual regulación legal de las relaciones de consumo, señaló que *"la caracterización, entonces, de la cláusula abusiva, en palabras de Stiglitz, exige la presencia, por lo menos, de los siguientes elementos: «a) Que no haya sido negociada individualmente ...; b) Que al consumidor le sea presentada dicha cláusula ya redactada previamente; c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido, y d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe 'entendiendo que ello acontece' cuando cause, en detrimento del consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos, y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».* Agrega el tribunal, en reiteración de lo dicho, que *«la infracción a las exigencias de la buena fe» supone que está*

³⁷ Laudo Arbitral de 25 de marzo de 2009. Megaenlace Net S.A. frente Telefónica Móviles Colombia S.A. Árbitros: Jorge Suescún Melo, Florencia Lozano Reveiz y Delio Gómez Leyva.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

descartada la posibilidad de justificación y/o de razonabilidad de la estipulación, connotaciones estas que, desde luego, y según su nivel de relevancia, diluyen o eliminan los motivos de reproche, enmarcándola en el respeto del importante postulado del derecho de los contratos, y del derecho en general.”³⁹

Finalmente, el legislador, con la importancia cada vez mayor del derecho del consumo en el ordenamiento nacional, se encargó de regular las cláusulas abusivas de manera más general y completa. Fue en la ley 1480 de 2011, en la que por primera vez consagró una definición legal de esta clase de estipulaciones, aplicable a las relaciones de consumo. A este respecto, el artículo 42 del Estatuto del Consumidor define y prohíbe las cláusulas abusivas en los siguientes términos:

“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

“Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”

Como se observa, el ordenamiento jurídico colombiano, por la vía jurisprudencial y legislativa, se ha encargado de establecer una disciplina para el tratamiento de las denominadas cláusulas abusivas. Así pues, cuando se acredite que una estipulación se subsume en los criterios que dan lugar a la declaración de una condición contractual como leonina o vejatoria, el juez estará llamado a reconocer su ineficacia y a impedir que ésta produzca efecto jurídico alguno.

2.2. Las Cláusulas 3.2., 5.2., 8.1. y 22 del Contrato No. 9015209 de “obras civiles de facilidades y estabilización geotécnica para las asociaciones Boquerón, Contrato de Participación Riesgo Espinal y Exploratorios Centro” a la luz del régimen jurídico de las cláusulas abusivas.

La Convocante señaló, de manera escueta, en el libelo introductor lo siguiente: “22. En el contrato 9015209 se incluyeron cláusulas abusivas tales como: 3.2.,5.2, 8.1 Parágrafo y cláusula vigésima segunda.” La Convocada, por su parte, formuló la excepción que denominó “Inexistencia de abuso del derecho por parte de PERENCO”, la que desarrolló en dos apartes titulados, respectivamente, “Inexistencia de cláusulas abusivas en el Contrato” y “No solo las cláusulas no eran abusivas sino que

³⁹ Laudo Arbitral de 4 de junio de 2002. Valores y Descuentos Limitada frente a Bellsouth Colombia S.A. Árbitros: Jaime Alberto Arrubla Paucar, José Armando Bonivento y Álvaro Mendoza Ramírez.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

PERENCO no ejerció las facultades y derechos conferidos por dichas cláusulas”.

Debe señalarse, en primer término, que el reproche realizado por la Demandante en relación con la legitimidad de dichas estipulaciones no pasó de la formulación abstracta y lacónica realizada en la demanda, que no tuvo ningún desarrollo posterior ni fue objeto de mayor argumentación en aquel momento procesal.

En efecto, Ingeniería Puntual no desplegó ninguna actividad argumentativa o probatoria encaminada a demostrar que las señaladas disposiciones revisten el carácter abusivo que se les endilga, más allá de apuntar el simple hecho de que las cláusulas hacen parte del contrato y la forma en que fueron acordadas, dejando como único elemento de juicio a esos efectos, entonces, el simple texto del contrato.

De esa manera la Convocante desconoce que, precisamente, uno de los criterios medulares y uniformemente reconocidos para que se declare el carácter abusivo de una cláusula es que la misma lesione o quebrante los requerimientos que se derivan de la buena fe negocial, de tal forma que es en cabeza de quien plantea la pretendida naturaleza abusiva o vejatoria que se radica la carga de acreditar la configuración de esta situación, máxime cuando en el ordenamiento jurídico colombiano, de manera general, la buena fe se presume, de tal forma que el comportamiento contrario debe ser demostrado, se reitera, por parte de quien lo afirma, situación que no ocurrió en el presente caso.

Tampoco se observa en el expediente medio de prueba alguno que ponga en evidencia la situación de desequilibrio generado por la estipulación de las cláusulas impugnadas. Por esta razón, siendo este otro de los elementos de juicio sobre el carácter abusivo de una disposición contractual, su falta de demostración impide la sanción pretendida en relación con las cláusulas a las que se les atribuye el carácter leonino o vejatorio.

Como resultado de lo anterior, el incumplimiento de la carga probatoria de la Convocante en cuanto a este aspecto de la controversia torna fallida la pretensión incoada, pues es a ésta a la que le correspondía allegar el material probatorio y los elementos que dieran al Tribunal la convicción de que en el presente asunto se verifican los elementos necesarios para declarar una cláusula como abusiva, toda vez que, en caso contrario, el punto de partida y la regla general es la validez de las estipulaciones insertadas por los contratantes en los negocios que ajustan en desarrollo de la autonomía privada.

Debe observarse, igualmente, que quedó plenamente probado que Ingeniería Puntual contó con la

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

posibilidad de conocer y discutir el alcance de las cláusulas del Contrato en la etapa previa a su perfeccionamiento. Durante el periodo de formación del Contrato, se remitió a los proponentes una minuta sobre la cual se les permitió hacer observaciones y solicitar aclaraciones, siendo el objetivo primordial de esta etapa despejar las dudas que pudieran tener los interesados respecto del clausulado que, en caso de resultarles adjudicado el Contrato, regularía la respectiva relación jurídica. De esta forma se descarta que se trate de condiciones impuestas sin ningún tipo de deliberación o sobre las que no se hubiese podido surtir un proceso de negociación, situación que hace aún más evidente el que estemos en presencia, entonces, de manifestaciones válidas y vinculantes.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto que se trata de estipulaciones que, como quedó señalado, son de uso común en la industria petrolera, de tal forma que un profesional del sector no puede alegar en su beneficio su desconocimiento y sostener que tales disposiciones fueron puestas en el contrato de manera oculta o disfrazada para generar un beneficio injustificado a favor de su contraparte negocial.

Por último, observa el Tribunal, en gracia de discusión, que las prerrogativas consignadas en las disposiciones objeto de análisis no fueron, en su mayoría, utilizadas por Perenco. En efecto, no obstante la posición asumida por la Convocante, que en forma ambigua sostiene que la terminación del contrato se dio por decisión de la Convocada y por vencimiento del plazo, lo que se observa, como adelante se precisará, es que fue precisamente el que se cumpliera el hito temporal fijado por los contratantes para la culminación del acuerdo lo que dio lugar a la finalización del vínculo entre las partes, situación que no se puede tildar de abusiva y que hace improcedente sostener que se trate de un evento de terminación unilateral. Así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, Corporación para la cual, “[a]l expirar el plazo, termina el contrato en cumplimiento del pacto, y extinguido, no puede haber terminación unilateral o por consenso, ni abuso del derecho (cas. civ. sentencia de 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, 1269). Por supuesto, salvo precepto legal o contractual, la expiración del plazo termina ipso facto el contrato, hace incompatible el acuerdo extintivo (mutuo disenso) y la terminación unilateral, por cuanto el acto concluye en la fecha pactada a consecuencia del término, y extinguido, nada hay por terminar, pues ya no existe”⁴⁰.

En conclusión, no quedaron demostrados los requisitos para que una cláusula pueda ser declarada abusiva, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, de tal manera que no está llamada a prosperar la solicitud elevada en ese sentido por la Convocante, pues, por el contrario, lo que se evidencia es el conocimiento que debía tener Ingeniería Puntual sobre estas cláusulas de uso común, así como la

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

oportunidad con la que contó para discutir las disposiciones señaladas, razones éstas suficientes para negar la pretensión primera de la demanda y para que se tenga por acreditada la excepción que la demandada tituló "*Inexistencia de abuso del derecho por parte de PERENCO*".

3. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTADO A LA CONVOCADA

3.1. Vigencia del Contrato, Modificaciones y Forma de Terminación

Como parte de los argumentos invocados por la demandante como soporte de su segunda pretensión, mediante la cual se busca la declaración de un eventual incumplimiento de la Demandada en sus obligaciones contractuales bajo el Contrato, se ha resaltado, además, que en razón a la prórroga de su término de duración derivada del Otrosí No 2 al Contrato, de fecha 9 de abril de 2014, y el posterior devenir contractual, realmente no hubo una terminación del Contrato por vencimiento de su término, sino una terminación real de facto, como parte de una pretendida actitud destinada a no pagar el saldo del valor del contrato pendiente por ejecutar y al que la demandante estima le asistía derecho a ejecutar.

Es por ello, que el Tribunal a continuación analizará cada una de estas materias e hipótesis, a la luz de lo expuesto por las partes y de conformidad con las pruebas y alegaciones que obran en el expediente.

En primer lugar, sobre el particular la Convocante señala en el texto de la demanda arbitral reformada, concretamente en los hechos 20 al 27, que Perenco previa expiración del plazo del Contrato no solicitó la ejecución de mayores obras a Ingeniería Puntual "*por lo que faltando a la buena fe dejó vencer el término legal*" e incluso señaló en reunión de 29 de Julio de 2014 que "*Por el momento no se tienen proyecciones de obras con Ingeniería Puntual*", para posteriormente contratar a MAGMA Ingenieros para realizar las obras que inicialmente estaban contratadas con la Convocante. Todo esto aunado a que, a su juicio, el Contrato suscrito incluyó cláusulas abusivas como las pactadas en los numerales "*3.2., 5.2, 8.1 párrafo y cláusula vigésima segunda*".

En relación con los hechos mencionados en los numerales 20 al 27, la Convocada manifestó al contestar la reforma de la demanda arbitral, que el otrosí No. 2 mencionado en efecto fue suscrito, pero aclaró que tal suscripción se realizó previa negociación con Ingeniería Puntual, en donde se le informó que era necesario para Perenco mantener vigente el Contrato durante el tiempo de selección de un nuevo contratista para un nuevo contrato marco.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

La Convocada también señaló que las cláusulas que habían sido tildadas como abusivas, son cláusulas comunes en cualquier industria, que en ningún caso son abusivas y que tal afirmación de la Convocante era meramente una opinión al no haber sustentado su dicho.

En este mismo escrito, Perenco afirmó que la terminación del contrato no fue una terminación unilateral, sino una terminación por expiración del plazo. También se opuso a la afirmación sobre la mala fe en la conducta de Perenco, por considerar que Ingeniería Puntual estaba plenamente informada del proceso licitatorio para la elaboración del nuevo contrato marco, dentro del cual no sólo confirmó su interés en participar sino que, incluso, presentó oferta. De igual manera, se señala en el escrito de contestación de la demanda reformada que Perenco fue siempre transparente y actuó de buena fe y que, en cambio, Ingeniería Puntual actuó de manera desleal, pues en la oportunidad correspondiente conoció que el objeto del nuevo contrato era precisamente el reemplazo de su contrato marco, sin que en tal oportunidad hubiese realizado manifestación alguna de sus objeciones a la contratación.

Con relación a la reunión del 29 de julio de 2014, donde se le informó a Ingeniería Puntual que no se tenían previstas más obras para ejecutar con la Convocante, la Convocada aclaró que ésta se realizó tres meses después de abierto el proceso de selección para el nuevo contrato marco, añadiendo que jamás existió un pronunciamiento en contra de tal información y aclaró que Perenco, precisamente por haber suscrito con la Convocante un Contrato Marco, no estaba obligada a la emisión de órdenes de trabajo.

En tal sentido, la demandada interpuso las excepciones que denominó "*Actuación de la demandante en contra de los principios de buena fe y su imposibilidad de rebelarse ante las consecuencias de sus propios actos*" y la de "*Actuación de Buena Fe de la Demandada*".⁴¹

A lo largo de este capítulo se hará referencia a los alegatos y argumentos presentados por las Partes en el proceso.

Bajo este escenario, una primera temática por considerar y analizar, se relaciona con la duración del Contrato, su fecha de terminación y las circunstancias que rodearon el final de la relación contractual objeto de este proceso arbitral, particularmente a raíz de la suscripción del otrosí No 2 de abril 9 de 2014.

⁴¹ Cuaderno Principal No.1, folios 233 a 235

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

En este sentido, y como se reseñó anteriormente, la demandante ha afirmado que el Contrato no se terminó normalmente, por el vencimiento de su término de duración, sino que por el contrario: *“PETROBRAS hoy PERENCO, de manera unilateral e injustificada decidió dar por terminado unilateralmente el contrato”*.

Más aún al alegar de conclusión, afirmo lo siguiente:

“El contrato aparentemente se terminó por el vencimiento del término pactado, pero en realidad, fue terminado de hecho y de mala fe por Perenco, de manera anticipada a la fecha prevista para la terminación, octubre 17 de 2014, lo cual aparece confirmado en el acta número 4 de julio 29 de 2014.”⁴²

Asimismo, señaló lo siguiente:

“Al respecto, se miente descaradamente al manifestar que el otrosí No. 02 de abril 09 de 2014, mediante el cual se amplió el término de duración del contrato por un periodo de 6 meses, hasta el 17 de octubre de 2014, se celebró con la única finalidad de que Perenco pudiera darle trámite a la nueva licitación que reemplazaría al contrato 9015209. Por el contrario, como lo manifestó la Ingeniera Sandra Bolaños, a I. Puntual se le informó que se requería ampliar el término del contrato para permitir la ejecución y terminación de obras pendientes de ejecutar por parte de mi cliente, y por tal razón, I. Puntual firmó el documento. Es más, así se consignó expresamente en el mencionado otrosí:

“En consideración a que:

- 1. El CONTRATO está vigente hasta el 17 de abril de 2014.*
- 2. PETROBRAS requiere, la ejecución de la obra contratada por un periodo adicional de seis (6) meses. El CONTRATISTA está de acuerdo en continuar ejecutando el CONTRATO por ese periodo adicional, y así lo manifiesta en su comunicación No. 3358/2014 de fecha 03 de febrero de 2014”⁴³.*

En síntesis, para la Convocante, el contrato no terminó por la expiración del plazo, prorrogado con ocasión de la suscripción el otrosí No 2, el 17 de octubre de 2014, sino que fue terminado de mala fe y unilateralmente por la Convocada, en detrimento de sus intereses.

⁴² Alegaciones de Ingeniería Puntual Cuaderno Principal No. 2 folio 421.

⁴³ Alegaciones de Ingeniería Puntual Cuaderno Principal No. 2 folio 422.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Por su parte, y como ya se anotó, la Convocada no solo se ha opuesto a tal visión de la problemática planteada, al afirmar que el Contrato terminó por vencimiento natural de su plazo acordado y prorrogado, por mutuo acuerdo de las partes, sino que alegó, como excepciones, su propio accionar de buena fe. Adujo también que la actitud de la Convocante fue realizada en rebelión y en contravía de sus propios actos, al señalar que uno fue su comportamiento práctico durante la vigencia del Contrato, y otro el que ha manifestado a lo largo de este proceso arbitral.

Bajo este escenario, y en relación con la supuesta terminación unilateral y abusiva del Contrato alegada por la demandante, el Tribunal considera lo siguiente:

En primer lugar, el Tribunal estima oportuno señalar la completa viabilidad y legalidad de estipular en un contrato plazos tanto para determinar su duración general o total, como para la ejecución de una o varias obligaciones derivadas del mismo. De igual manera, resalta la total viabilidad de pactar o acordar prórrogas o extensiones a tales términos y plazos, en ejercicio de la libertad contractual estructurada en nuestro ordenamiento legal.

En efecto, al amparo de lo preceptuado por el artículo 1602 del Código Civil, que señala el valor legal y obligatorio para las partes de un contrato válidamente celebrado, se ha constituido en nuestro derecho, recogiendo la doctrina tradicional del derecho continental europeo, el principio básico de la autonomía de la voluntad⁴⁴, por medio de la cual y salvo limitantes legales específicas, cualquier persona puede válidamente celebrar acuerdos de voluntad, cuyas estipulaciones sean vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

Bajo esa premisa básica, las partes dentro de un contrato (recogiendo, a su vez, el principio básico por el cual no pueden existir obligaciones irredimibles, cuyo cumplimiento sea imposible o no determinable en el tiempo), pueden pactar plazos para su ejecución, ya sea total o parcial, como lo estimen apropiado.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 1551 y siguientes del Código Civil, un contrato puede incluir un plazo ya sea como término de duración general y total, o como determinante de la exigibilidad de obligaciones específicas. Tales estipulaciones no solo son válidas, sino usuales dada la necesidad práctica de establecer términos que establezcan el momento en que

⁴⁴ Reconocido de manera reiterada por la doctrina y jurisprudencia nacional, para lo cual baste citar a título de ejemplo, la sentencia de 17 de mayo de 1995, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Pedro Lafont Pianetta, o la de la misma corporación de octubre 10 de 1978.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

tales obligaciones serían exigibles, o, en últimas, la duración general de un acuerdo de voluntades y, por ende, de las obligaciones que del mismo se derivaren.

Bajo este marco conceptual básico, y analizando el Contrato que nos ocupa, el Tribunal resalta que en su cláusula tercera,⁴⁵ las partes fijaron un término de duración general de dos (2) años, contados desde la fecha del acta de iniciación, siendo la de suscripción el 10 de abril de 2012.

El acta de iniciación del Contrato⁴⁶ se suscribió el 18 de abril de 2012, con lo cual la duración inicial del Contrato iría hasta el 17 de abril de 2014, tal y como fue el expreso deseo de las partes, plasmado en el Contrato. La realidad de estos hechos, ha sido aceptada y reiterada por los contratantes a lo largo de este trámite arbitral, tanto en la demanda como en su contestación, en las cuales se ha claramente reseñado como hecho indiscutible la suscripción del Contrato, y su término de duración contractual inicial, temática sobre la cual no hay debate alguno.

En adición al otrosí No 1, que se refirió a materias distintas a las ahora analizadas, con fecha 9 de abril de 2014, se suscribió el Otrosí No 2⁴⁷, mediante el cual las partes prorrogaron el término de duración del contrato por seis (6) meses, es decir, hasta el 17 de Octubre de 2014. Dicha prórroga, se reitera, es muestra clara del ejercicio de la libertad contractual que asiste a las partes en derecho Colombiano, y que les permite modificar un contrato como lo estimen conveniente, siempre y cuando, como ocurrió con el otrosí No 2, lo hagan siguiendo las pautas contractuales o legales aplicables, en este caso mediante documento escrito válidamente celebrado.

Dicho otrosí señaló que la prórroga se realizaba para permitir la continuidad en la ejecución de obras y trabajos pendientes y denotaba la clara intención de las partes de extender el término inicial de duración contractual por seis (6) meses adicionales, mientras la Convocada adelantaba un proceso de selección de un nuevo contratista, en el que la Convocante participó como se analizará en acápite posterior.

Del material probatorio que obra en el expediente, no existe elemento de juicio que permita inferir a este Tribunal que el otrosí No 2 en cuestión fue celebrado de manera irregular, o que no recogiera la voluntad de las partes. Más aun, no fue discutida su validez. Por el contrario, existen evidencias claras que comprueban que la Convocante aceptó sin reticencias la suscripción y ejecución de este otrosí, entre ellas el hecho de que ya para febrero de 2014 había manifestado por escrito a la Convocada su

⁴⁵ Ver Cuaderno de Pruebas No. 1 folio 004 – reverso.

⁴⁶ Ver Cuaderno de pruebas No. 2, folio 430.

⁴⁷ Ver Cuaderno de pruebas No. 2, folios 436 y 436R.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

interés en prorrogar el contrato, manteniendo los precios ya establecidos para tal fecha⁴⁸. A la luz de lo afirmado por las partes (véase por ejemplo el alegato de la parte Convocada), ellas sostuvieron conversaciones previas que desembocaron en la suscripción final del otrosí No 2, el 9 de abril de 2014, cuando ya se había abierto el proceso de selección de un nuevo contratista y cuando la Convocada, Ingeniería Puntual, ya había confirmado su interés en participar en dicho nuevo proceso de selección.

Más aún, la propia representante legal de la Convocante señaló que tal otrosí No. 2 fue suscrito con total anuencia de su representada. Al respecto, manifestó lo siguiente:

*“DR. SUÁREZ: **Pregunta No. 11.** ¿Sírvese decir, cómo es cierto, sí o no y yo afirmo que es cierto, que con posterioridad al recibo de la invitación a participar en la solicitud de ofertas número 53041 de 2014 Ingeniería Puntual suscribió con Perenco, el otrosí que prorrogó el término de duración del contrato por seis meses adicionales?*

SRA. BOLAÑOS: Sí señor, nosotros suscribimos ese otrosí, creo que ustedes tienen copia, en el mes de abril/14, empezamos como una negociación con el administrador de Perenco, con la finalidad de hacer dos obras que eran las obras civiles de la Isla 21 y las obras de la Isla 25, más unas obras de puntos de control que eran otras obras que veníamos haciendo desde el pasado y todo es con el fin de terminarlas, dentro de esa negociación el administrador nos dijo, como esto es una relación gana, gana, vamos a ampliar el contrato, ustedes van a hacer estas obras, pero Petrobras qué le ofrece, nosotros primero que todo orecimos mantener las tarifas, a adicionalmente a mantenerlas el ítem más representativo para nosotros es hacer concretos.

Entonces nosotros les ofrecimos un descuento en nuestras tarifas que venían de hace dos años, ofrecimos el descuento porque sabíamos que haciendo esas obras obtenemos la rentabilidad y podíamos hacerlas con ese descuento y un descuento también en una demolición porque de acuerdo a la geología del área, era necesario hacer mucho trabajo de demolición, entonces hicimos el 10%, básicamente para eso se firmó ese otrosí, ara realizar esos trabajos que teníamos ya cotizados y pendientes ⁴⁹.

Asimismo señaló:

“DR. ABELA: Usted mencionó hace algún instante que la razón por la cual ustedes suscribieron el otrosí en abril del año pasado era no solamente la culminación de unas obras que estaban en ejecución, específicamente la Isla 21, si mal no le entendí, sino también la realización de la obra de la Isla 25, ¿esas intenciones o ese entendimiento fue manifestado por escrito en el otrosí o por

⁴⁸ Comunicación de 3 de febrero de 2014 con radicación No 0000063-2014-E, que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 2 a Folio 435.

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 842 y 843.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

algún otro tipo de documento, consta en un acta para ustedes más allá del entendimiento de ustedes que pudieron haber expresado en reuniones, de qué manera manifestaron y expresaron esa intención o ese entendimiento?

SRA. BOLAÑOS: En el objeto del otrosí dice, reza del otrosí que es para culminar las obras que se tienen en ejecución, sí, creo que dice que en ejecución, ahí dice el objeto del otrosí cuál es que es terminar las obras que estamos haciendo, se había hecho todo el trabajo con la Isla 25 para que esa obra se ejecutara dentro de ese otrosí, ese fue el entendimiento mío y de mis colaboradores⁵⁰.

De esta manera y como primera conclusión, puede afirmarse que las partes prorrogaron válidamente y sin discusión el Contrato, sin que las fases preliminares o previas a la suscripción del Otrosí No 2, ni su texto, ni sus alcances hubieran sido discutidos en su oportunidad, ni hubieran sido objeto de debate alguno. Tanto la Convocante como la Convocada, con el fin de adelantar y terminar trabajos en ejecución y para desarrollar con tranquilidad el proceso de selección de un nuevo contratista, prorrogaron su duración hasta el 17 de octubre, como la propia representante legal de la Convocante lo ha aceptado y sin que existiese reproche alguno por tal circunstancia.

Ahora, se ha alegado por la Convocante que el Contrato realmente no terminó por expiración de su término de duración, prorrogado hasta el 17 de octubre de 2014, como se ha comprobado anteriormente, sino que ello ocurrió como consecuencia de un acto unilateral y malintencionado de la Convocada, sin que exista realmente claridad, menos evidencia, de cuales fueron los hechos que soportan su afirmación.

Para ello se alega que la voluntad real de terminar el Contrato se evidenciaba desde julio de 2014, como, se desprende de lo consignado en el Acta de la reunión sostenida por las partes el 29 de julio de 2014⁵¹.

Dicha acta consignó la afirmación de funcionarios de la Convocada, en el sentido de que a tal fecha “no hay proyección de obras a la espera de decisiones gerenciales”, manifestación que, a juicio de la Convocada, es señal inequívoca de terminación del Contrato, en detrimento de sus intereses. No obstante, deducir de esta afirmación una especie de maquinación para terminar el Contrato y no ejecutar un saldo del valor potencial acordado para obras, resulta carente de fundamento y de respaldo probatorio, si se analizan las siguientes circunstancias:

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3, Folios 849 y 850.

⁵¹ Que obra, en el Cuaderno de Pruebas No. 1 a folio 217

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Como se señaló anteriormente, para el Tribunal, analizado el material probatorio que obra en el expediente, no existe evidencia que permita inferir que el proceso de prórroga del término de duración del Contrato, materializado en el citado Otrosí No 2, haya tenido propósito distinto a lo expresado en él, es decir, extender tal fecha hasta octubre 17 de 2014.

Por el contrario, hay clara prueba de la anuencia de la Convocante en tal prórroga, lo que se desprende no solo de su suscripción sin debate alguno, sino de conversaciones previas, como la evidenciada en la citada comunicación de febrero de 2014. Tal situación se reafirma, con lo expresamente manifestado por la representante legal de la Convocante en interrogatorio de parte al que se hizo referencia anteriormente.

La ejecución posterior del Contrato tampoco permite sostener la afirmación de la demanda en esta materia. En efecto, una vez suscrito el otrosí No 2 en abril de 2014, el Contrato continuó desarrollándose sin contratiempos, tanto por la emisión de nuevas órdenes de trabajo por Perenco para la realización de obras, como por la continuación de algunas de las que ya estaban en ejecución, como era el propósito de esta ampliación de término.

Solo a título de ejemplo y con fecha 28 de Julio de 2014, un día antes de la alegada reunión de 29 de Julio y 3 meses después de suscribirse el otrosí No 2, se expidió la orden de trabajo No 838003492⁵², para efectuar obras de contrapozo GUA- 169 en la Isla 21, por la suma de \$32.032.665, lo que claramente indica que el Contrato si se continuó ejecutando después de abril de 2014 y que el término de seis (6) meses buscaba terminar trabajos en ejecución o posteriores y permitir a la Convocada adelantar el proceso de selección de un nuevo contratista, a ciencia y paciencia de la Convocante, no a sus espaldas o sin su conocimiento.

Más aún, de la misma acta de la reunión de Julio 29 de 2014, ya citada, se desprende que el Contrato estaba en ejecución, ya que en ella se afirma, por una parte, que en materia de otras obras falta el envío de reportes y fotografías, y por otra, que el presupuesto para el contrapozo del Gua- 169 no incluía anclajes, de lo que se sigue que citar un aparte aislado de tal acta no impide analizarla íntegramente e identificar el real contexto de la ejecución contractual a la fecha.

Por lo demás, para la fecha, Julio- Agosto de 2014, ya se había escogido al nuevo contratista de la Convocada, proceso en el cual participó la Convocante y no salió favorecida, a lo cual se referirá el Tribunal más adelante.

⁵² Cuaderno de Pruebas 9 – Inspección Judicial 6, a Folios 313 y 313 reverso.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

No existe en el expediente evidencia alguna que demuestre el malestar, inconformidad o protesta de la Convocante a esta situación, ni alegato alguno sobre una supuesta terminación anticipada e irregular del Contrato.

Muy por el contrario, su actitud fue de aceptación y consenso con la prórroga y su ejecución posterior, sin que haya manifestado inconformidad al respecto. A folio 681 del Cuaderno de Pruebas No. 3, obra comunicación de 28 de agosto de 2014, enviada por la Convocante a la Convocada, en la que solicita, al no existir órdenes adicionales de trabajo, usar montos pendientes de pago para diferentes efectos, sin que en la misma haya una afirmación siquiera que cuestione la situación existente, o manifieste o alegue una supuesta terminación irregular y anticipada del Contrato.

Como se analizó en acápite anterior, no existía para la Convocada obligación de contratar obras con la Convocante por el valor total del Contrato, por lo cual no tiene asidero afirmar que la Convocada debía armar una estrategia diseñada a terminar de facto el Contrato.

En este sentido, cabe citar la afirmación del alegato de conclusión de la Convocada, que resume su visión al respecto:

“Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir con claridad que cualquier tipo de conducta que pretenda desconocer u omitir un acto previo o sus efectos jurídicos es una conducta que deriva en un acto de mala fe.

La Convocante alega en la demanda presentada que previamente a la terminación del Contrato, mediante acta del 29 de julio de 2014 se dejó constancia que PERENCO había advertido que “no se tienen proyecciones de obras con Ingeniería Puntual” (subrayado nuestro). No es de recibo que la Convocante de manera desleal plantee que había alguna obra proyectada con ésta y que la obra fue arrebatada para ser adjudicada a un nuevo contratista, pues no había obras faltantes bajo el Contrato al ser este un contrato marco que no tenía obras pre-establecidas y no obligaba a PERENCO a emitir un mínimo de Órdenes de Trabajo ni a utilizar el valor máximo establecido del Contrato. Además, INGENIERÍA PUNTUAL conocía de la firma del segundo contrato marco con MAGMA INGENIEROS y, no obstante ser un profesional, ahora pretende alegar su propia culpa para desconocer su comportamiento durante la vigencia del Contrato”⁵³.

Por ello, no encuentra razón el Tribunal que permita inferir o concluir que la Convocada hubiera incurrido en conducta alguna desleal o de mala fe encaminada a terminar un contrato anticipadamente cuando no existía obligación de contratar con la Convocante por el valor total contractual, y cuando había sido claro y público el hecho de que la prórroga del término contractual

⁵³ Cuaderno Principal No. 2, folio 495.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

obedeció a la necesidad de terminar trabajos pendientes en ejecución y a tener tiempo suficiente para seleccionar un nuevo contratista, proceso del cual fue partícipe la Convocante.

De otra parte, no existe prueba alguna que permita concluir que el Contrato fue terminado anticipadamente. No hay carta o comunicación al respecto que obre en el expediente, por medio de la cual la Convocante hiciese uso de su facultad contractual de dar por terminado el contrato anticipadamente, ni comunicación alguna al respecto. Por el contrario, lo que puede afirmar el Tribunal es que el Contrato estuvo vigente hasta su terminación natural el 17 de octubre de 2014 y solo después de tal fecha, con ocasión de la demanda arbitral, la Convocante ha argumentado tal situación.

Por ende, no encuentra el Tribunal soporte a tal afirmación, ya que no hay evidencia que demuestre un evento de terminación unilateral, menos irregular o de mala fe, del Contrato por parte de la Convocada.

En este sentido, el Tribunal resalta, a la luz del principio de no venir contra los actos propios de reiterada aplicación por nuestra jurisprudencia y doctrina nacional e internacional⁵⁴, por medio de la cual cualquier contratante debe mantener una coherencia en su devenir contractual, por lo cual si hay manifiestas contradicciones, ellas deben analizarse según los parámetros de buena fe y diligencia aplicables a cada caso en concreto.

En el caso que nos ocupa, no existe actitud o accionar de la Convocante a lo largo de la vida del Contrato, que indicase debate o reproche alguno con la actitud de la Convocada, con el término de duración o con una eventual terminación anticipada. Todo lo contrario, hubo aceptación y ejecución plenas y sin controversias de tales circunstancias y hechos, las que solo se plantean y controvierten con la demanda arbitral, mediante argumentos que no encuentran respaldo en los hechos y en la conducta desplegada durante la vigencia contractual.

Bajo este escenario y en relación con la terminación del Contrato y su término de duración, no ha de prosperar la citada pretensión de la demanda por las razones aludidas y, en su lugar, se declarará que se encuentran probadas las excepciones interpuestas por la demandada y que denominó "*Actuación de la demandante en contra de los principios de buena fe y su imposibilidad de rebelarse ante las consecuencias de sus propios actos*", y "*Actuación de Buena Fe de la Demandada*".

3.2. El Contrato celebrado con Magma Ingenieros

⁵⁴ Solo a título de ejemplo se resalta la tesis en sentencias sobre el principio de la buena fe, de la Corte Constitucional T-475 de 1992 con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes, o T- 083 de 2003 con ponencia del Dr. Jaime Córdoba. A nivel de doctrina, se resalta la conocida obra "la doctrina de los propios actos", de Luis Díez. Picazo, Barcelona. Bosch Casa Editorial, 1963. Págs. 163 y ss.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

La Convocante también ha soportado su afirmación sobre una terminación de facto irregular y anticipada del Contrato y un proceder desleal y de mala fe de la Convocada, en el hecho de haber contratado a la firma Magma Ingenieros, para ejecutar los mismos trabajos y obras que hubiera podido desarrollar la Convocante en desarrollo del Contrato.

En tal sentido, al alegar de conclusión, manifestó lo siguiente:

“Es decir, desde el 02 de abril de 2014, fecha en que Perenco abrió el nuevo proceso licitatorio, dicha empresa ya tenía la intención de que mi cliente no seguiría ejecutando el contrato 9015209, pero necesitaba un término adicional de 06 meses para perfeccionar el nuevo contrato, razón por la cual se le pidió a I. Puntual la firma del otrosí No. 02 del 09 de abril de 2014 con el fin de prorrogar el contrato 9015209 hasta el 17 de octubre de 2014, sólo que las razones que le mencionaron era que la convocante continuaría ejecutando el contrato hasta dicha fecha del 17 de octubre. Esta es la razón por la cual en el otrosí se consignó expresamente “... el contratista está de acuerdo en continuar ejecutando el contrato por ese periodo adicional”. Tal intención de simplemente dejar vencer el término de expiración del contrato 9015209, sin permitirle a I. Puntual seguir ejecutando al contrato, aparece consignada expresamente en el acta No. 4 correspondiente a la reunión del 29 de julio de 2014 en la cual se le indicó a mi cliente que para que pudiera continuar ejecutando el contrato, se estaba a la espera de decisiones gerenciales, las cuales, por supuesto nunca se dieron por que lo que no sabía mi cliente, era que desde abril habían decidido paralizar el contrato. Olímpicamente se quiere subsanar tal actuación de mala fe, expresando que mi cliente jamás se opuso al segundo proceso de licitación, lo cual, conforme al contrato, no le era posible, según lo establecido en la cláusula 17.1.

Se le ha dicho al Tribunal que, por el simple hecho que I. Puntual participó en la licitación que reemplazaría al contrato 9015209, sin protesta alguna, nada puede recriminar ahora porque no se opuso a dicho proceso licitatorio. Al respecto se anota que, la ejecución del contrato 9015209 no se interrumpía ni se terminaba por el simple hecho de que Perenco suscribiera otros contratos con diferentes contratistas, tampoco debía influir en la ejecución y terminación de este contrato, si precisamente la prórroga del término contractual se suscribió para que mi cliente pudiera continuar con las diferentes obras encomendadas- (...).”⁵⁵.

En síntesis, para la Convocante el Otrosí No 2 solo tuvo como propósito engañar a la Convocante para permitir la vinculación de un nuevo contratista, y desde entonces ya se tenía planeado no contratar más con la Convocante en desarrollo del Contrato. Ello, a su juicio, sustenta su afirmación sobre una terminación irregular y anticipada del Contrato, auspiciada por el cambio de Petrobras a Perenco.

⁵⁵ Alegaciones de Ingeniería Puntual, Cuaderno Principal No 2., folio 249.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Por su parte, la Convocada ha rechazado tales afirmaciones, reiterando su proceder leal y correcto e interponiendo las citadas excepciones de *“Actuación de la demandante en contra de los principios de buena fe y su imposibilidad de rebelarse ante las consecuencias de sus propios actos”*, y *“Actuación de Buena Fe de la Demandada”*. Al respecto, al alegar de conclusión manifestó que Ingeniería Puntual sabía que se realizaría un nuevo proceso licitatorio para la ejecución de obras mediante contrato marco, proceso respecto al cual no sólo manifestó su interés de participar, sino que presentó propuesta, cuando, si hubiera tenido un reparo frente al proceso de selección, debió manifestarlo e incluso debió abstenerse de participar en él. De igual manera, señala que Perenco actuó de buena fe pues no dio por terminado unilateralmente el contrato para ejecutar las obras con Magma Ingenieros, sino que las primeras obras de Magma empezaron a ejecutarse luego de terminado el Contrato con Ingeniería Puntual. Por esto, considera la Convocada que Ingeniería Puntual actuó de forma desleal y reprochable pues es ahora, durante el trámite arbitral, que plantea los hechos *“a su conveniencia”* para alegar la mala fe de Perenco.⁵⁶

Sobre esta materia, el Tribunal considera oportuno, en primera instancia, analizar el decurso real del proceso de contratación que derivó en la selección de Magma Ingenieros, y que puede resumirse de la siguiente manera:

Del acervo probatorio, se desprende que la Convocada por alegadas razones de política interna y de manejo de sus socios en sus contratos de asociación petrolera, celebra contratos marco para la ejecución de obras con carácter periódico y a término definido.

Por ello, al irse previendo la terminación natural del Contrato, además de prorrogarlo como se analizó en el numeral 5º anterior, decidió iniciar un proceso de selección de un nuevo contratista para la estructuración y celebración de un nuevo contrato marco, que denominó *“Solicitud de Ofertas No. 53041, para la adjudicación y celebración de un contrato marco para la realización de obras civiles en el CPR Espinal y en la Asociación Boquerón”*.

Al ser interrogada al respecto, la representante legal de la Convocada manifestó lo siguiente, dando claridad acerca del proceso interno y previo en esta materia:

*“DR. GIL: **Pregunta No. 8.** ¿Podría indicarle al Tribunal por qué razón se decidió ampliar el plazo del contrato 9015209 hasta el 17 de octubre/15?*

⁵⁶ Cuaderno Principal No.2, folios 495 y 496

TRIBUNAL ARBITRAL

A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

SRA. PANTOJA: *Nosotros necesitábamos porque los contratos marco y los contratos que se suscriben con otras compañías tiene unos plazos determinados y nosotros en enero/14, si mi memoria no me falla, nosotros iniciamos un proceso de licitación para remplazar ese contrato marco que teníamos con Ingeniería Puntual y se le informó al contratista en su momento que requeríamos cambiar otro contratista porque realmente las vigencias de los contratos tienen un plazo determinado, pero que ellos estaban totalmente invitados a participar en el proceso licitatorio, pero ya cumplieron su ciclo con el tema y nosotros necesitamos con base en los socios presentar una licitación donde participen nuevos oferentes para el contrato de otras obras para los bloques y ese el tema.(...)*

DR. GIL: **Pregunta No. 13.** *Usted informó al Tribunal que desde enero se decidió sacar una nueva licitación para un nuevo contrato, ¿a partir de ese momento Perenco decidió que básicamente no se iban asignar nuevas obras a I Puntual?*

SRA. PANTOJA: *¿Cuál es la pregunta?*

DR. GIL: *La pregunta es esa, usted mencionó, es que desde enero Perenco decidió que iba a sacar a licitación un nuevo contrato.*

SRA. PANTOJA: *Sí.*

DR. GIL: *No obstante que estaba vigente el anterior, la pregunta es, ¿desde enero I Perenco decidió que básicamente no se le asignarían nuevas obras a I Puntual? (...)*

DRA. MEJIA: *¿Cuál fue la razón de que se hubiera prorrogado en ese momento el contrato?*

SRA. PANTOJA: *La razón es que nosotros como operadores, como ellos todavía tenían obras que estaban ejecutando, no podíamos quedarnos descubiertos por tema de seis meses frente a Ecopetrol y los socios para realizar en caso que se nos presente una situación de emergencia, como ustedes saben nosotros como operadores tenemos que tener todos los contratistas y cubrir todo el tiempo de las operaciones que se van realizando, actividades en esos bloques sí había, pero las que estaba ejecutando Ingeniería Puntual tenía que terminar.*

Entonces se solicitó, nosotros vamos a iniciar un proceso licitatorio, si ustedes están interesados en participar bienvenidos, se les mandó la solicitud de ofertas, pero necesitamos no dejar descubierta el término hasta que ya adjudiquemos otro contrato porque eso es lo usual que se hace en el tema de la industria, no se dejan descubiertos, en caso que se presente cualquier cosa, obras o algo y como hay un contrato que si se necesita, se emite la orden de trabajo puntual, necesitábamos tener para cuando ya saliera el otro contratista, no dejar descubierta.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

DRA. MEJÍA: ¿Cuáles fueron las razones para que existiendo el contrato con A.S. Ingeniería Puntual, ustedes Perenco, en ese momento Petrobras abriera una nueva licitación para celebrar un concurso sobre las obras que finalmente adjudicó?

SRA. PANTOJA: Porque nosotros tenemos como socios, entre los socios que está jugando está Ecopetrol, entonces cada tanto nosotros por autonomía contractual tenemos que hacer los procesos de licitación, entonces nos dices, no, este contrato ya cumplió su vigencia, usted tiene que iniciar un proceso licitatorio, entonces le dijimos, sí, tenemos un contrato con Ingeniería Puntual, pero ya nos corresponde, como ya se vencía el contrato, iniciar el proceso licitatorio, Ecopetrol a veces se toma sus tiempos de mirar el tema de los contratistas y con base en eso se saca la licitación dándole oportunidad a los que están, como a otros contratistas con base en nuevas tarifas de mercado, con base en nuevos servicios, la proyección que se haga en los comités técnicos de decisión con Ecopetrol, etc⁵⁷.

En este contexto, el 2 de abril de 2014⁵⁸, la Convocada invitó formalmente a la Convocante a participar en el proceso de selección de un nuevo contratista, y la invitó a presentar su oferta para la celebración de un nuevo contrato que permitiera, bajo la modalidad de contrato marco, ejecutar las obras que la Convocada pudiera requerir en sus diferentes instalaciones petroleras.

Mediante comunicación de 3 de abril de 2014⁵⁹ la Convocante manifestó a la Convocada su interés en participar en este nuevo proceso de selección de contratista. Ese mismo mes, los días 9 y 10 de abril, por conducto de funcionarios delegados, participó de las visitas a sitios de obra que tal proceso de selección de contratista establecía.

Nótese que para esta fecha, 3 de abril de 2014, no se había suscrito el Otrosí No 2 del Contrato, cuya fecha es 9 de abril de ese mismo año. Por lo tanto, la Convocante conoció de la existencia formal de este proceso de selección y participó del mismo, antes de formalizar la prórroga de seis (6) meses al vencimiento del término de duración contractual.

El 29 de abril de 2014, estando ya en vigencia el Otrosí No 2, en ejecución plena del Contrato, la Convocante presentó su propuesta a la Convocada como parte del citado proceso de selección de un nuevo contratista.⁶⁰

⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 858, 861, 862 y 863.

⁵⁸ Ver Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 461.

⁵⁹ Ver Cuaderno de Pruebas No.2, folio 553

⁶⁰ Ver Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 557.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

El 2 de julio de 2014, la Convocada y Magma Ingenieros suscribieron el Contrato No. 53041-1 para la Asociación Boquerón y el Contrato 53041-2 para el CPR Espinal.

Mediante comunicación de 14 de julio de 2014⁶¹, la Convocada le informó a la Convocante que no había sido seleccionada como nuevo contratista.

Ni antes, ni durante, ni después de llevarse a cabo el citado proceso de selección de un nuevo contratista, la Convocante manifestó comentario u observación alguna sobre la materia, ni sobre los efectos potenciales frente al Contrato, o arguyó mala fe, conducta desleal o ninguna otra por parte de la Convocada.

A ese respecto, baste citar la propia declaración de la representante legal de la Convocante:

*“DR. SUÁREZ: **Pregunta No. 10.** ¿Sirvase decir, cómo es cierto, sí o no y yo afirmo que es cierto, que durante el proceso de solicitud de oferta 53041 de 2014 Ingeniería Puntual no manifestó a Perenco objeción alguna por adelantarse dicho proceso de selección para la celebración de un segundo contrato marco para la construcción de obras civiles en beneficio de los contratos de asociación Boquerón, contrato de participación de riesgos final y proyecto exploratorio?*

SRA. BOLAÑOS: Sí señor, no manifestamos objeción.”⁶²

Teniendo en cuenta este escenario y a la luz de las pruebas citadas, no encuentra el Tribunal que tengan fundamento, mucho menos soporte probatorio, las afirmaciones de la demanda por las cuales la demandada estructuró un esquema tendiente a contratar a un nuevo contratista, a la postre Magma Ingenieros, con el fin de no ejecutar totalmente el Contrato, y de esa manera no contratar con ella cualquier saldo de su valor estimado, de mala fe y con la intención de desconocer supuestos derechos de la Convocante a ejecutar la totalidad del Contrato.

El Tribunal llega a esta conclusión, teniendo en cuenta los siguientes razonamientos:

En primer lugar y como se ha analizado a lo largo de este Laudo, la modalidad contractual utilizada en el Contrato (que se ha denominado como “contratos marco”), no obligaba a la Convocada a contratar o expedir órdenes de trabajo por la totalidad del valor estimado.

⁶¹ Cuaderno de pruebas No.2, folio 558

⁶² Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 842.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

Para no repetir razonamientos ya reseñados en este mismo Laudo, baste reiterar que era prerrogativa contractual, no obligación, para la Convocada expedir órdenes puntuales de trabajo, lo que realizó a lo largo de la vigencia del Contrato, pero sin que existiese para la Convocante un derecho a ejecutar la totalidad del valor estimado.

Ese solo argumento, deja sin piso la argumentación de la demanda, ya que no puede hablarse de derechos contractuales de realización de obras por un valor cierto o determinado, sino de meras expectativas si se cumplen con los procedimientos contractuales respectivos.

Sin que evidencie el Tribunal mala fe o actitud desleal o similar, la Convocada, por razones internas ya explicadas, y con legitimidad para hacerlo, ante la terminación pactada del Contrato por cumplirse su término pactado de dos (2) años, y en desarrollo de sus políticas corporativas, decidió abrir un proceso de selección de un nuevo contratista para reemplazar el Contrato. Contrario a lo afirmado, tal situación no se hizo a espaldas de la Convocante, sino con su pleno conocimiento y total participación. Ya se reseñó como la Convocante fue invitada a participar de este proceso, y lo hizo presentando su oferta.

Por ende, mal puede afirmarse que existió una estratagema diseñada a excluir a la Convocante, cuando ella no tenía derechos adquiridos que hacer respetar y cuando, máxime, participó del nuevo proceso de selección del contratista con total posibilidad de ser escogida.

A su vez, y como ya se analizó en acápite anterior, con total anuencia de la Convocante, se prorrogó el plazo del contrato, a raíz de la suscripción del Otrosí No 2. Durante su vigencia, se expidieron nuevas órdenes de trabajo, por lo cual mal puede afirmarse que la Convocante fue engañada, o que desconoció la realidad de los hechos o que tenía derechos contractuales que impedían a la Convocada buscar un nuevo contratista.

En realidad, conoció claramente del nuevo proceso de selección que desembocó en la contratación de Magma Ingenieros, participó del mismo, suscribió con total anuencia y sin objeciones el Otrosí No 2, y siguió ejecutando obras derivadas de órdenes de trabajo expedidas al amparo del Contrato hasta por lo menos agosto de 2014. No puede, entonces afirmarse que desconocía esta realidad, que fue engañada o que actuó bajo influencia de la mala fe de la Convocada.

Pero si todo lo anterior no fuese suficiente, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre la inconformidad o el rechazo de la Convocada ni a suscribir el Otrosí No 2, ni a la celebración del proceso de selección para un nuevo contratista que se desarrolló desde abril de 2014, ni rechazo o

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

reclamo alguno que permitiese entender que buscaba la protección de sus presuntos derechos.

Ya se citó la propia declaración de la representante legal de la Convocada en materia de objeciones al proceso de selección citado, lo que se reafirma con el hecho inequívoco de su participación el mismo, con una propuesta formal que no fue finalmente la ganadora. Por ello, mal puede afirmarse que existió un proceder desleal de la Convocada si la Convocante conoció los hechos, participó de ellos, los aceptó y jamás presentó reclamo alguno frente a tales circunstancias. Nuevamente, la teoría ya citada sobre la coherencia de los actos propios tiene cabida y aplicación frente a la argumentación que nos ocupa.

Señalar, como lo hace la Convocante que el otrosí No. 2 solo se suscribió para ejecutar obras existentes, lo que a su juicio, demostraría el ilegítimo proceder de la Convocada, resulta una argumentación que no encuentra asidero en la realidad de los hechos enunciados en el proceso, ni con los elementos probatorios analizados, ni con la conducta desplegada por la Convocante durante la ejecución del Contrato.

Para el Tribunal, es claro que existió un otrosí válidamente celebrado, que el proceso de selección del nuevo contratista no vulneró derecho alguno de la Convocante y que no existió terminación anticipada, o unilateral el Contrato que hubiese podido afectar a la Convocante.

Por último, el proceso de selección de Magma Ingenieros fue abierto, y es un hecho evidente ya que la Convocada podía buscar un nuevo contratista sin limitaciones contractuales o legales. Por ello, es irrelevante si algunas obras son similares. Lo que sería relevante, según se comprobó, es que no existían obras válidamente contratadas que la Convocada hubiera evitado ejecutar con la Convocante, y que luego realizase Magma Ingenieros u otro contratista en detrimento de un derecho ya consolidado.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y en relación con la terminación del Contrato en virtud de la contratación de la firma Magma Ingenieros, no ha de prosperar la citada pretensión de la demanda y, en su lugar, se declararán probadas las excepciones interpuesta por la demandada que denominó "*Actuación de la demandante en contra de los principios de buena fe y su imposibilidad de rebelarse ante las consecuencias de sus propios actos*", y "*Actuación de Buena Fe de la Demandada*"

3.3. La controversia sobre las obras no ejecutadas en el marco del Contrato No. 9015209 de "OBRAS CIVILES DE FACILIDADES Y ESTABILIZACIÓN GEOTÉCNICA PARA LAS ASOCIACIONES

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

BOQUERÓN, CONTRATO DE PARTICIPACIÓN RIESGO ESPINAL Y EXPLORATORIOS CENTRO”.

3.3.1. La trampa de la base de recibo de la terraza 6 – Orden de trabajo No. 91.

Ingeniería Puntual reclama los perjuicios que le fueron causados por el incumplimiento contractual que, en su concepto, tuvo lugar por la inejecución de las obras contratadas bajo la Orden de trabajo No. 91.

Sobre el tema en que se funda esta reclamación es importante señalar que no existe discusión entre las partes en que fue aprobada por Perenco, bajo la mencionada orden de trabajo, la ejecución de las obras para la fundación de la base de la trampa de recibo de la terraza 6 por un valor de CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$43.258.849.000), siendo dicho documento el que daba lugar a la ejecución de las obras encargadas dentro del marco de la relación contractual⁶³ y marcaba el hito para el inicio de las labores⁶⁴. Sin embargo, la puesta en marcha de las mismas no se llevó a cabo debido a que las partes, de mutuo acuerdo, decidieron suspenderlas.

Dicha situación se evidencia en las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran los mensajes de correo electrónico cruzados entre Perenco e Ingeniería Puntual, con fecha 26 de junio de 2014. En el correo remitido por Perenco a Ingeniería Puntual, el Contratante manifiesta al Contratista su decisión de “*suspender temporalmente la construcción de la base hasta nueva orden*”, frente a la cual recibió como respuesta la aceptación de Ingeniería Puntual, con la expresión “*Enterada, gracias*”⁶⁵

En ese orden de ideas, no hay duda de que la ejecución de las obras no tuvo lugar, en un primer momento, debido al acuerdo al que arribaron las partes de suspenderlas hasta que se diera una instrucción de reanudarlas –“*nueva orden*”–, situación que no ocurrió durante la vigencia del contrato, quedando, por tanto, las obras contratadas sin ejecución.

⁶³ Está acreditado en el expediente -según ya se ha señalado, además, en otros apartes de este laudo-, que la ejecución de las específicas obras contratadas tenía como punto de origen el que se expidiera la respectiva Orden de trabajo. En palabras de la representante legal de Perenco:

“DR. GIL: **Pregunta No. 5.** ¿De acuerdo con el contrato, la definición de las obras a realizar se efectuará mediante expedición de una orden de trabajo, sí o no?

SRA. PANTOJA: Sí, la ejecución, es decir, la contratación ya propiamente de la obra, se hace a través de órdenes de trabajo.” (Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 858)

⁶⁴ De acuerdo con el testimonio de uno de los funcionarios de Perenco la ejecución contractual se daba así:

“DRA. MORA: Conoce usted quién autorizaba la iniciación de obras en la obra directamente y a través de cuál procedimiento se hacía?
SR. MENDOZA: Una vez salía la orden de trabajo debidamente legalizada de la gerencia, ese se le entregaba al contratista y en adelante la ejecución era directamente del administrador con algunos ingenieros civiles que tienen la misión de apoyo, la orden una vez se le entrega al contratista ya iniciaba el proceso de construcción.” (Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 896)

⁶⁵ Cuaderno de pruebas No.3, folio 723

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Sobre el particular, es importante resaltar que el Contrato regula en la Cláusula 21 las formalidades y lineamientos que se deben llevar a cabo para suspender la ejecución del Contrato. Establece la mencionada disposición, en lo relevante para esta parte del estudio, lo siguiente:

“21.1 PRETROBRAS podrá en cualquier momento y por cualquier motivo suspender total o parcialmente la ejecución del CONTRATO, mediante notificación escrita (ACTA DE SUSPENSIÓN) dada al CONTRATISTA con por lo menos tres (3) días de anticipación a la fecha [en] que ocurra la suspensión. En el aviso de suspensión PETROBRAS señalará los equipos y materiales y mano de obra que deberán permanecer en el LUGAR DE LOS TRABAJOS.

“21.2 El CONTRATISTA suspenderá la ejecución del CONTRATO a partir de la fecha en que se le indique y se abstendrá de realizar pedidos adicionales de insumos, equipos y materiales, teniendo en cuenta la parte afectada de la OBRA con la suspensión.”⁶⁶

Una interpretación sistemática de la señalada disposición, que coincide con la aplicación práctica del contrato realizada por las partes, permite establecer que dicho procedimiento y formalidades eran requeridas únicamente en los eventos en que ya se hubiera dado inicio a las labores constructivas, es decir, cuando el Contratista ya estuviera ubicado en el sitio de los trabajos y se hubiera dispuesto lo necesario para iniciar las labores.

Así se colige de la referencia que se hace en la Cláusula a *“los equipos y materiales y mano de obra que deberán permanecer en el LUGAR DE LOS TRABAJOS”*. La definición de LUGAR DE LOS TRABAJOS es muy clara al señalar: *“significa el sitio físico donde se desarrollará el objeto de este CONTRATO, y que es la localización donde se encuentra la (sic) asociaciones Boquerón, Campo Guando...Contrato de Participación Riesgo Espinal, Campo Purificación y Matachines...y para los que surjan en el centro y sur del país, sitios que el CONTRATISTA declara expresamente que lo conoce, que lo estudió cuidadosamente y que (sic) del cual tuvo en cuenta todos sus factores al formular la oferta, contenida en el ANEXO. No. 4 de este CONTRATO.”⁶⁷*

Más demostrativa aún, es la manifestación de las partes en este sentido. De acuerdo con la aplicación práctica que del contrato hicieron los contratantes, se evidencia claramente que ellos llegaron a un entendimiento o interpretación unívoca sobre la aplicación de la Cláusula objeto de análisis, en el sentido de que únicamente resultaba aplicable cuando se hubiese dado comienzo a las labores, en los términos señalados previamente. No de otra manera se puede entender que la ejecución de la obra

⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 0016 reverso.

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 004.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

acordada en la Orden de trabajo No. 91 se haya suspendido sin recurrir a las formalidades contenidas en la Cláusula 21, y que ninguna de las partes presentara inconformidad alguna al respecto.

En consecuencia, se confirma que el trámite que dieron las partes a la suspensión no contraviene el acuerdo de voluntades, de tal forma que sus efectos se dieron válidamente.

No obstante, considera el Tribunal que la determinación de Perenco, aceptada por Ingeniería Puntual, de detener las obras hasta “nueva orden” no es suficiente, por si sola, para generar el fracaso de lo pretendido por la Convocante, en relación con los perjuicios presuntamente sufridos por la inejecución de las obras derivadas de la Orden de trabajo No. 91. En efecto, la suspensión del contrato, como se señaló en el mensaje de correo electrónico remitido para esos efectos por Perenco, y como es natural a este evento, tenía la vocación de operar en forma temporal o transitoria, de tal manera que, eventualmente, se debía reanudar la obra para su ejecución y finalización. Es así que, en un primer momento, Ingeniería Puntual únicamente aceptó que se suspendiera la obra “hasta nueva orden”, sin que con ello renunciara a los derechos o que se negara a cumplir las obligaciones que había adquirido con la aprobación de la Orden de trabajo No. 91.

Así se colige del testimonio de Florentino Aguilar Riobo, quien frente a esta cuestión se manifestó en los siguientes términos:

“DRA. MORA: La trampa base de recibo de base 6?”

SR. AGUILAR: Esa trampa nos dieron orden de empezar, había que sacar unos permisos para la poda de un árbol, se iba a ejecutar la poda de un árbol y eso y dijeron que no, que estaba suspendida la obra, que hasta nueva orden volveríamos a entrar ahí y ahí quedó, nunca más se volvió a mencionar la obra en la trampa nunca se hizo, eso quedaba al ingreso de isla 6.”⁶⁸

Concordante con lo anterior, la representante legal de Ingeniería Puntual expuso en el interrogatorio de parte lo siguiente:

*“DR. SUÁREZ: **Pregunta No. 6.** ¿Sírvese manifestar al Tribunal si mediante correo del 24 de junio/14 Perenco le manifestó a Ingeniería Puntual que se suspendía la obra correspondiente a la fundación de la base de la trampa de recibo de la terraza número 6?”*

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 822R.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

SRA. BOLAÑOS: Sí es correcto, ellos suspendieron esa fundación de esa trampa porque ahí había creo que era un árbol y se necesitaba un permiso especial para talar ese árbol porque por temas ambientales ustedes saben que creo que mayor de cierta altura no se puede llegar a talar el árbol, hay que sanarlo y hay que hacer eso, entonces estaba pendiente ese trabajo para que nosotros pudiéramos ingresar a hacer ese trabajo, lo cual quedó así, quedó como en estambay (sic) y después no se dio la autorización de reiniciar esos trabajos.”⁶⁹

A pesar de lo expuesto, esa posición inicial de las partes varió con posterioridad, toda vez que, de acuerdo con la conducta de los contratantes, se pasó del estado transitorio de suspensión a una situación de carácter permanente en relación con la paralización de las obras, pues, por una parte, Perenco no expresó intención alguna de reanudarlas, y, por la otra, Ingeniería Puntual dejó traslucir su conformidad con la finalización de las labores contratadas, pues no otro puede ser el significado de la comunicación que dirigió a Perenco el 28 de agosto de 2014⁷⁰, en la que solicitó el “*Reconocimiento Económico Final-Contratos Satélites Nos. 9015226 y 9015227*” y el pago relativo a la “*Movilización y Desmovilización*” de los Contratos Satélites mencionados, dentro de los cuales, en el segundo específicamente, se encontraba la Orden de trabajo 91. En consecuencia, ciertamente resulta sorpresiva la reclamación que posteriormente presentó Ingeniería Puntual, luego de que inicialmente aceptó la suspensión del contrato y luego solicitó el cierre económico y operativo de los contratos satélites dentro de los cuales estaba la labor a la que hacía referencia la Orden de trabajo No. 91. Como fue alegado en su momento por Perenco, Ingeniería Puntual no presentó en tiempo su inconformidad en relación con las obras pendientes relativas a la orden de Orden de trabajo No. 91, por lo que “[n]o se entiende como ahora la Convocante desconoce sus propios actos. Si la Convocante tenía una reclamación sobre esta materia, ha debido formularla oportunamente”⁷¹

Es pertinente a estos efectos recordar, como ya se ha hecho en un aparte anterior de este Laudo, que la regla ‘*venire contra factum proprium non valet*’ ha tomado cada vez mayor relevancia en el ámbito de la disciplina jurídica, con especial trascendencia en la esfera de la responsabilidad civil contractual. Teniendo como fundamento a la buena fe, principio transversal del derecho, la inadmisibilidad de volver contra la propia conducta cuando a partir de ella se ha generado en otra persona una expectativa razonable o una confianza fundada, encuentra sustento en el deber de coherencia y en la consistencia que debe existir en las actuaciones humanas.

Al respecto se pronunció recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 841.

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 682.

⁷¹ Contestación a la reforma de la demanda. Cuaderno Principal No.1, folios 209R y 210

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

"(...) Respecto de la buena fe, principio general del derecho, hoy de rango constitucional (art. 83, C.P.), se debe destacar, entre sus distintas facetas y modalidades, la regla de conducta que exige de las personas un comportamiento ajustado a estándares o parámetros de corrección, lealtad o probidad en todas sus actuaciones, particularmente, en aquellas con significación jurídica.

"Vista de esa forma, la buena fe conduce, aparejadamente, a que en cada sujeto surja válidamente la expectativa legítima de que los demás, cuando se establecen relaciones interpersonales con relevancia para el derecho, van a proceder en forma coherente con sus conductas o comportamientos precedentes, generándose así un clima de confianza y seguridad que, en buena medida, se erige en uno de los pilares fundamentales de la vida en sociedad, toda vez que sirve a la convivencia pacífica y a la vigencia de un orden justo, que, como lo consagra el artículo 2º de la Constitución Política, son fines esenciales del Estado social de derecho.

"Con razón la Corte, en reciente pronunciamiento, expresó que 'actuar de buena fe impone la observancia irrestricta de unas reglas de proceder conforme a la rectitud, honestidad, probidad' y que, por el contrario, 'asumir prácticas distintas a lo éticamente establecido en un momento y lugar determinado por cada grupo social, es desconocer tal principio' (Cas. Civ., sentencia de 24 de enero de 2011, expediente No. 11001-3103-025-2001-00457-01).

"5.2. Precisamente, con fundamento en el marco antes descrito, se ha desarrollado una regla jurídica de singular importancia en la actualidad para efectos de evaluar el comportamiento humano con trascendencia jurídica, que se conoce en el derecho contemporáneo como la "doctrina de los actos propios" -venire contra factum proprium non valet manifestaban los juristas del medioevo-, conforme a la cual, en líneas generales, en virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá -expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada."⁷²

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de agosto de 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado una serie de requisitos a los que se sujeta la aplicación del principio anteriormente mencionado⁷³, a saber⁷⁴:

- a. En primer lugar, debe mediar una conducta jurídicamente relevante de parte del sujeto voluble—es decir, del sujeto que posteriormente adopta la actuación contradictoria—, a través de la cual se exprese su inequívoca voluntad de preservar o modificar una situación jurídica de otra persona, con lo cual suscita en ella una confianza legítima en cuanto a que dicho comportamiento se respetará.
- b. Se exige además una segunda conducta que, en forma palmaria, sea contradictoria respecto de la conducta inicial. Esta conducta contradictoria es precisamente la que vulnera la confianza del individuo que había actuado con fundamento en la primera.
- c. En tercer lugar, se requiere para su aplicación que exista identidad de sujetos, a saber, que quienes intervienen o hacen parte de las relaciones jurídicas que se ven afectadas por el comportamiento contradictorio e inconsistente sean las mismas, tanto en calidad de emisor como de receptor de las actuaciones, lo que en materia contractual se verifica, en principio, por los extremos de la relación negocial.

A la luz de los lineamientos esbozados, para el Tribunal es claro que resulta procedente la aplicación de esta doctrina en relación con la problemática objeto de análisis, en cuanto concurren la totalidad de requisitos establecidos jurisprudencialmente para su efectividad. Bien puede considerarse que las exigencias señaladas están acreditadas, por lo siguiente:

La situación de hecho evidencia que existió una expresión inequívoca y relevante de voluntad de la Convocante de no elevar reclamación alguna frente a la decisión de Perenco de no reanudar la ejecución de las obras de la trampa de la base de recibo de la terraza 6, lo que demuestra su conformidad con que se hiciera definitivo dicho estado y su conformidad con que no se ejecutara la obra. Esto se encuentra plasmado en la comunicación ya mencionada, que Ingeniería Puntual remitió

⁷³ Entre otras consideraciones, la jurisprudencia nacional ha señalado que “...Bajo tales parámetros, oportuno resulta asentar que si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados ...”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de enero de 2011.

⁷⁴ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *La doctrina de los actos propios – Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Ed. La Ley, págs. 325 y ss. (2014).

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

a Perenco el 28 de agosto de 2014⁷⁵ en la que le solicitó el “*Reconocimiento Económico Final-Contratos Satélites Nos. 9015226 y 9015227*” y el pago relacionado con la “*Movilización y Desmovilización*” de los Contratos Satélites mencionados.

Encontrándose la Orden de Trabajo No. 91 dentro del marco de ejecución del Contrato Satélite No. 9015227, se hace manifiesta la voluntad de Ingeniería Puntual de no continuar con la ejecución de las obras comprendidas en el señalado documento y de no exigir remuneración o compensación alguna por la no realización de la obra contratada. Con este fundamento, encuentra el Tribunal que surgió en Perenco la expectativa jurídicamente tutelada de que, si la Convocante al momento de solicitar el “*reconocimiento económico final*” y los gastos de “*movilización y desmovilización*” del contrato Satélite No. 9015227 no manifestó inconformidad con el estado en que quedaron la obligaciones comprendidas en la Orden de trabajo No. 91, era, justamente, porque había aceptado que las obras en ella comprendidas no se realizarían. Máxime, si, para ese momento, no se hizo ninguna anotación o salvedad por parte de la Convocante de que en el futuro se pudieran presentar nuevas pretensiones pecuniarias por valores adeudados en el marco del Contrato Satélite No. 9015227, cuyas cuentas se saldaban de manera definitiva, de acuerdo con lo expresado en el documento referido.

Con la pretensión que eleva en el presente proceso, Ingeniería Puntual incurre en una contradicción o incoherencia con el comportamiento desplegado previamente—*pretensión contradictoria*—, que vulnera la confianza legítima suscitada en su contraparte comercial y desconoce el deber que pesa en su cabeza de actuar de manera coherente con sus actuaciones anteriores, pues no obstante que al momento de solicitar el “*reconocimiento económico final*” jamás objetó el que no se hubiesen llevado a cabo las obras de la trampa de la base de recibo de la terraza 6 ni solicitó reparación alguna por ese motivo, ahora persigue, en forma opuesta y tardía, que se declare que Perenco incumplió el Contrato y que se le condene a indemnizar perjuicios por un pretendido incumplimiento contractual en el que ésta habría incurrido en esa materia.

Así, la violación de la expectativa suscitada en la Convocada se observa en la prueba testimonial, en la cual el testigo Sterling declaró:

“DR. ABELA: Una pregunta para usted como funcionario de Perenco, ¿para ustedes esta demanda fue una sorpresa?”

SR. STERLING: No puedo hablar a nombre del representante legal, pero para mí sí porque la terminación del contrato, las últimas reuniones fueron dentro de la mayor cordialidad, como

⁷⁵ Cuaderno de pruebas No.3, folio 682

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

siempre se había desarrollado, yo era nuevo en ese grupo, tuve relación con ellos dos meses, pero tengo muy buenas referencias de los ingenieros de la compañía y todo el proceso de liquidación del contrato se hizo muy amablemente, la doctora Sandra que era la que siempre estaba allí, era una persona muy abierta, muy cordial con nosotros, nos colabora mucho, entendía todas las situaciones que se nos presentaban y el último período, básicamente la etapa de liquidación ella la desarrolló en conjunto con el ingeniero Henry y todo marchaba muy bien hasta el momento que Perenco le dijo que necesitaba los paz y salvos de los proveedores.

Cuando le dijo que necesitaba los paz y salvos de los proveedores se presentó el inconveniente, empieza haber una dilatación, empiezan a pasar los días, no se liquida el contrato, las facturas no se pueden pagar porque funcionario que autorice el pago de las facturas estaría violando el contrato porque no está protegiendo a la compañía en cuanto a que uno de sus contratistas no tengan acreedores que después vengan a repercutir sobre mí, entonces el funcionario le recordaba que los necesitábamos y en ese período de la liquidación, no de la ejecución del contrato, en ese período de la liquidación aparentemente ya las cosas cambiaron y para mí sí fue una sorpresa este evento.”

Queda clara de esa manera la conducta voluble de Ingeniería Puntual, al contradecir sus hechos anteriores con significación jurídica y con ello vulnerar la confianza suscitada en Perenco.

Se trata de los extremos contractuales del Contrato No. 9015209 de “*obras civiles de facilidades y estabilización geotécnica para las asociaciones Boquerón, Contrato de Participación Riesgo Espinal y Exploratorios Centro*”, esto es, por un lado, Ingeniería Puntual en su calidad de Contratista y emisor de la conducta, y, por otro lado, Perenco, en su calidad de Contratante, del sujeto receptor de la conducta.

Lo anterior supone, entonces, la configuración de los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de los actos propios a este específico aspecto de la controversia. Consecuentemente, lo que corresponde al Tribunal es denegar la pretensión de la Convocante enderezada a obtener una indemnización de perjuicios por el pretendido incumplimiento de Perenco en el marco de la emisión de la Orden de Trabajo No. 91, por cuanto aquella se contradice en su comportamiento jurídicamente relevante, vulnerando la confianza legítima que a partir de allí había creado en la Convocada, por lo que, igualmente, se declararán probados los supuestos de hecho de las excepciones interpuestas por la demandada que denominó “*Actuación de la demandante en contra de los principios de buena fe y su imposibilidad de rebelarse ante las consecuencias de sus propios actos*”, y “*Actuación de Buena Fe de la Demandada*”.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

3.3.2. Las obras civiles para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25 del Campo Guando – Orden de trabajo de 26 de mayo de 2014.

Ingeniería Puntual funda la reclamación en cuanto a este aspecto de la controversia en el comportamiento culposo en el que habría incurrido Perenco al no autorizar el inicio de las obras de la Isla 25, las cuales ya habían sido contratadas mediante la expedición de la correspondiente Orden de trabajo, de 26 de mayo de 2014, por un valor de TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS (\$3.333.560.134).

En relación con el punto objeto de estudio, es importante destacar que se encuentra reconocida desde la contestación de la reforma de la demanda la existencia de la mencionada orden de trabajo. En dos apartes del señalado documento la Convocada se pronuncia en ese sentido. En efecto, al contestar el hecho 16 de la reforma de la demanda Perenco afirma: *“ES CIERTO que las obras que fueron determinadas mediante la Orden de Trabajo con fecha 26 de mayo de 2014 para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25 no fueron ejecutadas, pero NO ES CIERTO que ello obedeció a que arbitrariamente PERENCO no hubiera dado autorización para el inicio de los trabajos”*⁷⁶. Más adelante, cuando se plantean los que la Convocada denomina *“hechos comunes a las excepciones”*, se reitera esa manifestación, señalándose que: *“el 26 de mayo de 2014, PERENCO expidió una Orden de Trabajo para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25 del Campo Guando (Asociación Boquerón) por un valor de tres mil trescientos treinta y tres millones quinientos sesenta mil ciento treinta y cuatro pesos (\$3.333.560.134).”*

También es dicente la prueba testimonial que obra en el expediente. El testigo Jorge Alberto Mendoza confirma la existencia de una Orden de trabajo para la Isla 25, en los siguientes términos:

“DR. SUÁREZ: En el desarrollo de sus funciones tuvo usted conocimiento de órdenes de trabajo que hayan sido emitidas por la Compañía que finalmente no hayan sido ejecutadas las obras por Ingeniería Puntual por distintos motivos?”

*“SR. MENDOZA: Sí, tengo conocimiento de la isla 25, una de las obras más grandes que recuerdo es la isla 25 porque en su momento estaba todo previsto...”*⁷⁷.

⁷⁶ Contestación de la reforma de la demanda, Cuaderno Principal No.1, folio 219

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 879.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, evaluados en conjunto los referidos medios de convicción con la prueba documental que obra en el expediente, contentiva de la mencionada Orden de Trabajo⁷⁸, para el panel arbitral no cabe duda alguna de que allí se acordaron los términos y condiciones para la realización de la obra contratada, esto es, las obras civiles para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25.

Partiendo de la certeza sobre la existencia de la mencionada Orden de trabajo, en los términos estudiados, el Tribunal pasa a analizar seguidamente si fue, como lo señala la Convocante, una situación imputable a Perenco la que impidió la ejecución del mencionado acuerdo, causándole, por contera, los perjuicios que reclama en la demanda.

Al respecto la Convocada esgrime en su defensa que operó una causa extraña que hizo imposible la ejecución del Contrato. En criterio de Perenco se configuró el hecho de un tercero que lo exime de responsabilidad por la no ejecución de las obras civiles para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25.

Frente a este evento eximente de responsabilidad, el hecho de un tercero, la doctrina especializada lo caracteriza en los siguientes términos: *“tradicionalmente se ha considerado que cuando el hecho por el cual se demanda es exclusivamente imputable a un tercero, el demandado debe ser absuelto porque, desde el punto de vista jurídico, no es él quien ha causado el daño.”*⁷⁹ Se trata, entonces, de una situación en la que el nexo causal entre la actuación del demandado y el daño irrogado al actor se rompe o se elimina, para concluir, en su lugar, que quien generó el perjuicio es un tercero ajeno a las partes del proceso.

Los requisitos para que se frustre la pretensión indemnizatoria por la configuración del hecho de un tercero, como en general se predica de la causa extraña, corresponden a la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad o ajenidad del evento que se alega como constitutivo del eximente. En palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las dos primeras exigencias pueden ser definidas así:

“(…) es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No.3, folio 648

⁷⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil – Tomo II*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. 2007. Pág. 130.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

fuerza arrolladora”, para indicar seguidamente que es “necesario, claro está, ‘examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual’, desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: ‘1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo’ (Sentencia de 23 de junio de 2000; exp.: 5475). Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho es irresistible, ‘en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente –sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito’ (Sentencia de 26 de noviembre de 1999; exp.: 5220)” (Sent. Cas. Civ. de 26 de julio de 2005, Exp. No. 06569-02).”⁸⁰

En lo referente al último de los requisitos, esto es, la exterioridad o ajenidad de la intervención del tercero, ha de señalarse que, como toda causa extraña, es indispensable que el evento que la constituye no se materialice dentro del círculo de control del demandado, por lo que la doctrina especializada ha señalado que este elemento “significa que el impedimento, del cual depende la imposibilidad, no debe guardar conexión alguna, ni siquiera ocasional, con el ámbito de las actividades del deudor: así por ejemplo, el hurto, aun perpetrado por un tercero ajeno a la empresa hotelera, no tiene cabida entre las causas no imputables a esta, pues se trata de un acontecimiento que hace efectivo un riesgo típico y ordinario de tal actividad. Se puede afirmar lo mismo respecto al accidente de tránsito en relación con la actividad de transporte, siendo irrelevante el haber sido el accidente causado por el transportador o por un tercero.”⁸¹

Además de lo expuesto, es de resaltar que las partes previeron en el Contrato la regulación de los hechos constitutivos de “fuerza mayor”, por lo que el Tribunal estima que los criterios allí convenidos pueden ser aplicados a todas las situaciones constitutivas de causa extraña, en cuanto que lo que se colige de la estipulación es que la partes pretendieron sentar la regulación en relación con los hechos no imputables a sus actuaciones que generaran la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones, característica que es transversal a todos los eventos que se enmarcan dentro del concepto antes mencionado. Así, en la Cláusula 23 se estableció:

“23.1 Salvo la obligación de pagar por servicios cumplidos antes de la fuerza mayor, ninguna de las PARTES estará en mora de cumplir lo pactado cuando tal incumplimiento, total o parcial, se deba a

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de noviembre de 2005. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁸¹ VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. Ed., Universidad Externado de Colombia. p. 154. (2015)

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

causas o circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando el hecho que la origina se haya producido sin el concurso de las PARTES, ni debido a negligencia o culpa de las mismas.

23.2 Para que se reconozca un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito deberán concurrir además los siguientes factores:

23.2.1 Que el hecho que la origina no sea imputable al CONTRATISTA O PETROBRAS.

23.2.2 Ser irresistible en el sentido de que no haya podido ser impedido, es decir, que coloque a la PARTE que la alega en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación.

23.2.3 Haber sido totalmente imprevisible, es decir, que no haya sido suficientemente probable para que las PARTES hubieran podido razonablemente precaverse contra él.

23.3 Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, la PARTE afectada en el cumplimiento de sus obligaciones le notificará a la otra PARTE acerca de la ocurrencia del evento y las obligaciones afectadas, incluyendo la información y demás detalles que fueran pertinentes y, hasta donde sea posible, un estimativo preliminar del tiempo durante el cual la PARTE se verá afectada, con el [fin] de que las PARTES programen el plan de acción a seguir.”⁸²

Así pues, el juicio sobre la ocurrencia del hecho del tercero debe adelantarse a la luz de las pautas dispuestas por las partes, con apoyo en los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales que permiten el examen de este tipo situaciones.

Descendiendo al caso concreto se observa que, de acuerdo con la excepción de mérito propuesta por Perenco, denominada “hechos de terceros que eximen a PERENCO de su responsabilidad por la ejecución de las obras civiles para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25”, allí se señaló que “[e]n este caso se identifica puntualmente como un hecho de un tercero las actuaciones del Alcalde de Melgar y las comunidades en el área de influencia del proyecto de la Isla 25, su indisposición para dar vía libre a la ejecución de las obras ya que contaban con todos los requisitos legales para ser ejecutadas, y la imposición de trabas para que mi representada no pudiera dar inicio a las obras”.⁸³

Evaluada la situación señalada con los criterios dispuestos por los contratantes para la configuración de una causa extraña, así como con los parámetros jurisprudenciales antes reseñados, estima el Tribunal que en el presente caso está llamada fracasar la excepción propuesta. En efecto, desde la

⁸² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 015 R.

⁸³ Contestación de la reforma de la demanda, Cuaderno Principal No.1, folios 227 y 227R

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

perspectiva de la irresistibilidad no se observa que el hecho que se atribuye al Alcalde de Melgar y a las comunidades de la zona en la que se habría de realizar la obra hayan puesto a Perenco en "*imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación*", tal y como lo exige la pauta jurisprudencial y la regulación establecida por las partes. Se evidencia, por el contrario, que si el Contratante hubiera accedido a las pretensiones que fueron presentadas por los sujetos a quienes les atribuye la responsabilidad de impedir que se llevaran a cabo las labores, aun así el Proyecto se habría materializado, claro está, posiblemente con mayores costos o luego de algún periodo de tiempo.

Y es que como lo manifiesta la Convocada en la Contestación de la reforma de la demanda, "*las obras no se han ejecutado porque aún persiste la oposición del Alcalde y las comunidades que exigen a cambio de su anuencia y permiso la ejecución de mayores inversiones que exceden en mucho las obligaciones legales y los presupuestos de inversión social y costos del proyecto a cargo de PERENCO*"⁸⁴. En ese orden de ideas, se colige fehacientemente que el aludido impedimento estriba, realmente, en la onerosidad o desproporción de las peticiones elevadas por la comunidad, situación que lejos de reflejar una imposibilidad absoluta de ejecución de las obligaciones, clarifica que se trata de una eventualidad que hace gravosa la ejecución del proyecto, sin que dicho escollo, por más trascendente que sea, se adecúe al obstáculo insalvable que es necesario para que opere la causa eximente de responsabilidad alegada, a lo que debe añadirse que al respecto Perenco no adelantó laborío alguno para acreditar que este evento socavara el equilibrio contractual o alterara gravemente la economía del contrato al punto de hacerlo excesivamente oneroso, ni planteó tampoco las consecuencias jurídicas que de allí podrían derivarse.

Descartada la presencia del hecho de un tercero, resulta procedente verificar a continuación si la no ejecución del contrato, en cuanto a las obras contratadas en la Isla 25, se debe a una circunstancia imputable a Perenco, que la haga responsable de los perjuicios demandados por Ingeniería Puntual. En relación con este punto, es importante destacar que de acuerdo con el Contrato, Cláusula Séptima, que regula las obligaciones del Contratante, correspondía a Perenco, "*[o]btener y pagar toda autorización, certificado, permiso y licencia que, por ley, se expida a nombre de PETROBRAS y que sean necesarias para la ejecución del objeto de este CONTRATO.*"⁸⁵

Como se colige de la estipulación en comento, la carga de conseguir las autorizaciones necesarias para la ejecución de las obras contratadas era una obligación que se encontraba en cabeza de Perenco, por lo que la aceptación de las comunidades afectadas a la realización de las obras, por el impacto ambiental que ellas pudieran generar, no es una contingencia que pueda gravar al

⁸⁴ Contestación de la reforma de la demanda. Cuaderno Principal No.1, folio 228R

⁸⁵ Cuaderno Principal No.1, folio 007R

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Contratista, y esa fue, en particular, la situación que dio lugar a que no se ejecutara la Orden de trabajo de 26 de mayo de 2014, correspondiente a las obras de la Isla 25.

En relación con este aspecto de la controversia existe material probatorio relevante en la prueba testimonial. Es muestra de ello el testimonio del señor Yilber Duvan Sterling Cardozo, quien manifiesta lo siguiente:

“DR. SUÁREZ: ¿Dígale al Tribunal si se contaba con la licencia ambiental por qué había oposición de la comunidad y de las autoridades locales si ya tenía una licencia ambiental con la cual se contaba para realizar los trabajos?”

SR. STERLING: En el sector de los hidrocarburos, adicional a tener todos los requerimientos ambientales, es también necesario por ley agotar una etapa de socialización con la comunidad, en esa etapa de socialización la comunidad se opuso a la construcción de nuevas islas o de nuevos pozos argumentando impactos sociales en su comunidad porque llegaba mucha gente externa, los contratistas llevaban gente externa, muchos vehículos transitando por nuestro campo, afectación a los niños, en las escuelas, cualquier cantidad de razones que le preocupaba a la comunidad cuando se va a desarrollar un proyecto y desafortunadamente no fue posible que migraran de esa posición de oponerse a la construcción de la Isla 25.

A pesar de que la compañía tenía toda la documentación legal y jurídica para hacerlo y tenía avisados a sus contratistas de que estábamos en esperas de tener todos los vistos buenos de los... que son los que participan en el proyecto para arrancarlo, incluso la entidad ambiental fue y nos acompañó a reuniones para socializarle a la comunidad que el impacto ambiental ya había sido evaluado y que no había aceptación, pero ni la ida de ellos ni la ida del Procurador logró darle la tranquilidad a la comunidad para que el proyecto pasara, entonces no pasó.”⁸⁶

En igual sentido se pronuncia el ya citado testigo Jorge Alberto Mendoza, quien en su testimonio expuso:

“DR. SUÁREZ: En el desarrollo de sus funciones tuvo usted conocimiento de órdenes de trabajo que hayan sido emitidas por la Compañía que finalmente no hayan sido ejecutadas las obras por Ingeniería Puntual por distintos motivos?”

“SR. MENDOZA: Sí, tengo conocimiento de la isla 25, una de las obras más grandes que recuerdo es la isla 25 porque en su momento estaba todo previsto, se había lanzado todo el proceso para hacer la orden, ya teníamos como las condiciones técnicas, el diseño, la ingeniería, las cantidades, todo el aspecto técnico lo teníamos listo, solamente nos faltaba cumplir con un requisito que exige toda

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 952.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

obra en el Campo Guando y se tenga la autorización, perdón, que la obra sea socializada con la comunidad, ese es el último requisito.”⁸⁷

Ahora bien, el simple distanciamiento o inejecución de la obligación respecto del programa inicialmente convenido no es suficiente para que nazca la obligación indemnizatoria. En efecto, es necesario examinar el régimen al que se encontraba sometida la obligación para definir si se trata de un incumplimiento imputable al deudor o no, pues únicamente aquél tiene como efecto la declaratoria de la responsabilidad civil contractual del deudor incumplido.

Es pertinente, entonces, determinar la categoría a la que pertenezca la respectiva obligación, con el fin de precisar si la obligación se cumplió o no, y definir las cargas que a las partes corresponden en relación con la prueba de la culpa en el incumplimiento contractual, así como las posibilidades de defensa que tendría el deudor al que se le imputa la inejecución obligacional.

Partiendo de la distinción planteada por René Demogue, se ha señalado por la jurisprudencia⁸⁸ que las obligaciones se pueden clasificar, según su objeto o contenido —entendido como el comportamiento debido para la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor—, en obligaciones de medio y de resultado.

En la primera categoría de obligaciones que conforman esta clasificación se ha destacado por la Corte Suprema de Justicia que *“el deudor únicamente consiente en aportar la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzo y su diligencia, pero no a que éste se alcance”*⁸⁹ Respecto de las segundas se ha indicado que el deudor se compromete a alcanzar el fin o resultado prometido, y que, en caso contrario, se situará en estado de incumplimiento. De ahí que se señale que *“el contenido de la obligación ya no es una actividad, un esfuerzo, unos medios, sino el resultado mismo de estas actividades, esfuerzo o medios”*⁹⁰

Respecto de los efectos que esta clasificación plantea en materia probatoria, la jurisprudencia ha reconocido que en las obligaciones de medio *“[n]o basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es*

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 877

⁸⁸ Recientemente, en sentencia de 5 de noviembre de 2013, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció la vigencia de esta clasificación en el ordenamiento colombiano, reiterando la tendencia jurisprudencial que se inició en 1938 y que se ratifica en los pronunciamientos recientes (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 30 de enero de 2001, 24 de octubre de 2005 y 22 de julio de 2010, entre otras.)

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938.

⁹⁰ Le Tourneau, Philippe. La Responsabilidad Civil Profesional, segunda edición. Ed., Legis. p. 36. (2014)

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

*culposa*⁹¹, correspondiéndole al acreedor, por regla general, la carga de la prueba de la negligencia y permitiéndosele al deudor, en todo caso, acreditar su comportamiento diligente para exonerarse de responsabilidad. Por el contrario, en las obligaciones de resultado, la responsabilidad del deudor surge al “demostrar que no se produjo el resultado al que se había comprometido este último y sin que este pueda exonerarse alegando que utilizó todos los medios que un buen hombre de negocios hubiera usado para la obtención del resultado deseado.”⁹² Por esta razón, el deudor únicamente puede oponerse a la pretensión indemnizatoria mediante la comprobación de una causa extraña, “motivo por el cual, al deudor no le basta con demostrar diligencia y cuidado, es decir, que no cometió culpa alguna, sino fundamentalmente, que el daño es imputable a una causa diferente de su propia acción u omisión.”⁹³

En cuanto a los criterios esbozados para determinar cuándo se está en presencia de una obligación de medio y cuándo de una obligación de resultado, es pertinente recordar que la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado al respecto, en los siguientes términos:

‘En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la

⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938.

⁹² Barrera, Carlos D. El derecho de las obligaciones. Ed., Pontificia Universidad Javeriana & Editorial Ibáñez. p. 84 (2010)

⁹³ Munar Cadena, Pedro O. Visión de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en torno a la responsabilidad civil en obra colectiva: Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Ed., Pontificia Universidad Javeriana & Biblioteca Jurídica Diké. p. 314. (2009)

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

*obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”.*⁹⁴

Siguiendo el criterio de la aleatoriedad del resultado, en el caso objeto de estudio el Tribunal encuentra que la obligación en cabeza de Perenco de conseguir las autorizaciones necesarias para el desarrollo del Proyecto se enmarca dentro del régimen de las obligaciones de medio, en cuanto que para el cumplimiento de la prestación a su cargo dicha sociedad se encontraba sujeta a factores que no tenía bajo su control, como lo era, precisamente, la determinación de la comunidad de aceptar las condiciones propuestas.

Con respecto a la conducta desarrollada por Perenco para lograr que la comunidad aceptara el desarrollo del proyecto, observa el Tribunal que dicha sociedad actuó de manera diligente en relación con este punto. En efecto el Contratante hizo una serie de ofrecimientos y concesiones a la comunidad, tanto así que, en un primer momento, se logró un acuerdo con la población ubicada en la zona del proyecto para que se autorizara la ejecución de las obras, recogido en el documento titulado “ACUERDO DE VOLUNTADES – PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED, JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL VEREDA CUALAMANA, JUNTA DE ACUEDUCTO AGUASIROMA, PROSIROMA, ALCALDÍA DE MELGAR”, el cual fue desconocido posteriormente por quienes realizaron nuevas solicitudes, más gravosas y de difícil aceptación para la aquí Convocada.

Así mismo, en la comunicación proferida por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de fecha 25 de agosto de 2014⁹⁵, se advierte que la actuación de la Convocada estuvo plegada a los parámetros de conducta exigidos a un profesional. Se manifiesta en dicha comunicación lo siguiente: “consideramos importante el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación en este proceso, con el fin de lograr que se dé inicio a las obras necesarias para el Proyecto Isla 25 sin más dilaciones, en razón a que según la información adjunta se pudo observar que en lo corrido del año 2013 a la fecha existen aproximadamente 16 acuerdos de ejecución y 4 más aprobados para la realización de obras municipales, en montos considerables como señalamos en el acápite 5 de este oficio”⁹⁶

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia de 5 de noviembre de 2013.

⁹⁵ Cuaderno de Pruebas No.3, folios 710 a 712

⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No.3, folio 712

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Así las cosas, se evidencia que Perenco no incurrió en un incumplimiento que le resulte imputable; por el contrario fueron, precisamente, los elementos aleatorios necesarios para que pudiera alcanzarse el resultado propuesto lo que impidió que dicha sociedad, a pesar de su actuación diligente, consiguiera poner en marcha las obras.

El hecho de que la Contratante no hubiera informado en forma adecuada a la aquí Convocante sobre los hechos que impedían la ejecución de la Orden de trabajo correspondiente a la Isla 25, si bien fue objeto de controversia a lo largo del proceso, pues Ingeniería Puntual afirmó que se la mantuvo al margen de cualquier conocimiento sobre el tema, al paso que Perenco manifestó que la Convocante debía tener conocimiento de la situación por la información que le suministraran sus dependientes, no cambia la conclusión a la que se arribó en párrafos anteriores, pues sobre este punto el tema probatorio no fue más allá de las versiones encontradas de las personas vinculadas a cada una de las partes, además de lo cual se extraña una actividad probatoria de la Convocante enderezada a demostrar en qué medida una eventual vulneración del deber de información a cargo de la demandada la habría afectado en sus bienes o intereses.

En consecuencia, por las razones anteriormente señaladas el Tribunal no dará prosperidad a la pretensión de declaración de incumplimiento del Contrato, basada en la inejecución de la Orden de trabajo correspondiente a la Isla 25. Tampoco se acreditaron los fundamentos de la excepción formulada por la Convocada al respecto, denominada *“Hechos de terceros que eximen a PERENCO de su responsabilidad por la no ejecución de las obras civiles para la construcción de la plataforma y vía de acceso a la Isla 25”*.

3.3.3. Las obras cotizadas por Ingeniería Puntual que no se materializaron en un Orden de trabajo.

Ingeniería Puntual reclama la indemnización por los perjuicios que, según afirma, se le causaron por la decisión arbitraria de Perenco de no contratar con esta sociedad las obras sobre las que previamente se le había solicitado cotización por parte del Contratante.

Como se reconociera al momento de analizar la naturaleza del Contrato Marco suscrito por las partes, dicho acuerdo no contenía la definición particular de las obras que se habrían de desarrollar, sino que las mismas se definían discrecionalmente por Perenco, en la medida en que fueran requeridas, de tal manera que no existía derecho en cabeza del Contratista a que le fueran contratadas obras hasta por el valor estimado del Contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

De conformidad con el clausulado del mencionado acuerdo, como se ha destacado reiteradamente, la concreción de las obligaciones a cargo de las partes, o la configuración específica del contrato de obra, *stricto sensu*, tenía lugar con la expedición de las órdenes de trabajo.

Así las cosas, si bien Perenco podía solicitar la cotización de determinadas obras, por ese sólo hecho no surgía en cabeza de dicha sociedad la obligación de contratarlas, pues durante dicho proceso podía arribar discrecionalmente a la decisión de prescindir de aquellas. Esta fase preliminar, anterior al perfeccionamiento de la Orden de trabajo, no comportaba, como se señaló, la obligación de adelantar proyecto alguno; es decir, el que las partes dieran inicio al señalado proceso de cotización no significaba que surgieran derechos y obligaciones recíprocos, en tanto que, a la luz del Contrato No. 9015209, ellos únicamente se adquirirían al momento de concretarse las condiciones, lo que ocurría únicamente con la expedición de las referidas órdenes de trabajo, las cuales se encontraban sujetas a un proceso de aprobación.

Así se evidencia en la explicación que dio la representante legal de Perenco sobre el proceso de perfeccionamiento de las órdenes de trabajo, en relación con el cual se manifestó de la siguiente manera:

*“DR. GIL: **Pregunta No. 1.** De conformidad con el contrato 9015209 que es el contrato objeto de este proceso, ¿para expedir órdenes de trabajo qué condiciones previas se debían cumplir?*

SRA. PANTOJA: Primero que Perenco requiriera la obra, estamos hablando de un contrato marco y de tanto en tanto a nivel operativo Perenco evalúa sus proyectos y con base en eso le solicita al contratista que le presente un presupuesto, con base en el contrato marco que sea suscrito con el contratista, posteriormente le pide ese presupuesto, lo analiza y si está de acuerdo con ese presupuesto para adelantar la obra se expide la orden de trabajo que es la que faculta al contratista inicial las obras correspondientes, ese es el procedimiento.”⁹⁷

*“DR. GIL: **Pregunta No. 10.** ¿Hubo unas cotizaciones que le pidieron a I Puntual durante la ejecución del contrato que aparecen relacionadas en la demanda, obras civiles para la construcción de cuatro pozos, nueva isla 25, obras civiles y geotécnica en la esterilización para líneas, oleoductos, sitios del 4 al 14, obras de estabilización y geotecnia sobre la Quebrada la Ficada, la construcción de 17 cajas para el sitio de viaducto entre la Quebrada la Lindera y Quebrada la Batalla y obras de construcción contra pozo para la isla tres, esas cotizaciones le fueron requeridas a I Puntual, pero finalmente no se dio orden de trabajo con respecto a ninguna de ellas, ¿usted podría indicarle al Tribunal por qué razón no se dio orden de trabajo?*

⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 856 y 857.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

SRA. PANTOJA: Porque realmente son presupuestos y si Perenco no estaba de acuerdo con esos presupuestos no se ejecutaba la obra ni se contrataba ni se realizaba a través de esas órdenes puntuales, simplemente fueron, mire, con base en este contrato marco que nosotros tenemos suscrito con usted, preséntenos este presupuesto y con base en ese presupuesto si las condiciones se dan porque uno hace una proyección de unos trabajos.

Entonces Perenco suscribe este tipo de contratos para una vez determinar si la obra es viable y si se puede, pide el correspondiente presupuesto, si se dan o se aprueban por los socios, porque nosotros no estamos solos como operadores, entonces sí se emite y se contrata, se ejecuta la obra a través de esa orden de trabajo que es la puntual para realizar este tipo de obras, para efectuar este tipo de trabajos, entonces realmente si en su momento no se necesitó o no se pudo hacer la obra, simplemente no se emite la orden de trabajo correspondiente.

Ahora, hay que manifestar y para aclarar, desde enero en adelante el contratista sabía que realmente nosotros estábamos iniciando, él tenía unas obras que ya estaban emitidas las órdenes de trabajo y que estaba terminado, pero que nosotros realmente tenemos que seguir unos procedimientos porque hay unas aprobaciones de socios para poder ejecutar las obras y que si esas aprobaciones se proyecte y se hace la recomendación por parte del operador, pero si no son efectivas ni decididas por comité ejecutivo, realmente no se contratan uy no se ejecutan.”
(Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 859 y 860)

En este contexto, no se puede perder de vista, como se estudió previamente, que para la época en que fueron presentadas buena parte de las cotizaciones en las que Ingeniería Puntual funda la reclamación objeto de estudio, Perenco había desarrollado un proceso para la selección de un nuevo contratista en el que salió favorecida la firma Magma Ingenieros.

Bajo ese entendimiento de la cuestión, estaba válidamente habilitada la Convocante para tomar la decisión, en caso de que se le presentaran condiciones más favorables, de contratar las obras cotizadas con Magma Ingenieros, pues en ausencia de la Orden de trabajo no se encontraba atada a desarrollar las labores con Ingeniería Puntual.

Precisamente esta fue una de las razones que dio lugar a que se iniciara la ejecución del Contrato con Magma Ingenieros, tal y como lo deja sentado en su testimonio el testigo Fernando Walter Navarro, en los siguientes términos:

“DR. ABELA: Máxime cuando ustedes acaba de decir le notificaron a los señores de Puntual que ya no iban a haber más obras para ellos, a partir de la reunión, fecha junio o cualquier fecha a

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

mediados del año pasado, la pregunta es un poco qué paso entre junio o agosto que empezaron y el cierre del otrosí con los señores de Puntual?

SR. NAVARRO: Si bien les entiendo les puedo hacer la siguiente aclaración y complemento a la información, el proceso licitatorio que se estaba desarrollando con Puntual habían unos precios unitarios, cuando se llega a fin de término el segundo proceso, porque lo que entendimos cuando entramos en mayo es que se le había hecho una prórroga a Puntual porque paralelamente Petrobras habían empezado un proceso nuevo porque no, eso sí es decisión de Petrobras el por qué, querían un nuevo contrato, el nuevo contrato generó que el resultado de las ofertas económicas dieran mucho más favorable que inclusive los mismos precios unitarios existentes con Puntual.

El más interesado y yo como coordinador, es parte de mi responsabilidad preservar los presupuestos y en lo posible hacer los trabajos bien hechos y lo más económicamente posible, los más estables y lo más seguros, veíamos el beneficio de iniciar el contrato con Magma lo más pronto posible después de que estuviera formalizado jurídica y legalmente porque era beneficioso para el contratante.

Me explico, una obra con los precios unitarios que tenía en ese momento Puntual, cantidades de obra multiplicado por los precios unitarios de Puntual a multiplicado por los precios unitarios de Magma era mucho más favorable que el contrato de Puntual.

DR. SOLARTE: Puedo entenderle en su respuesta que en el evento que hubiera podido haber una obra que hubiese podido ejecutarse por Puntual y que pudo haberse ejecutado por Magma ustedes hubiera preferido Magma por las consideraciones de precio que usted me está señalando?

SR. NAVARRO: Sí señor, ese fue uno de los argumentos más importantes en tratar de ya formalizar lo más pronto posible el contrato con Magma porque favorecía al contratante.

DR. SOLARTE: Dada esta última respuesta que usted menciona, la necesidad de dar por terminado el contrato con Puntual y su asistencia a la reunión de mediados del año 2014 donde se le comunicó a Puntual que no había más ordenes de trabajo para ellos, usted podría decirle al Tribunal entonces que hubo una decisión de Perenco de dar por terminado el contrato en ese momento?

SR. NAVARRO: En ese momento no pero sí acelerar el proceso lo más pronto posible para efectos de buscar un beneficio en cada una de las obras que se fueran a desarrollar más adelante.” (Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 905 y 906)

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

Añádase que, en lo relativo a la cotización de las Obras Civiles para la construcción de cuatro (4) contrapozos en la Isla 25, es claro que su no contratación no se debió a una decisión injustificada o caprichosa de Perenco, sino que, por el contrario, tuvo como base el reconocimiento de las dificultades que se presentaron para adelantar el Proyecto Isla 25, de tal forma que era inviable expedir una orden de trabajo para las obras cotizadas.

En conclusión, como los derechos y las obligaciones para las partes, en relación con las específicas obras contratadas, se generaban con la expedición de las órdenes de trabajo, de manera previa a la existencia de aquellas no había obligación alguna de contratar determinadas obras con el contratista que las cotizara, en la medida en que, de presentarse condiciones más favorables con otro contratista o alguna situación que hiciera preferible no ejecutarlas, el margen que otorgaba la modalidad contractual —contrato marco— legitimaba dicha decisión, sin que se aprecie en ninguno de los casos que fue la arbitrariedad o el capricho de Perenco lo que dio lugar a que aquella se abstuviera de contratar las obras cotizadas con Ingeniería Puntual, por lo que no se puede concluir que, en cuanto a este aspecto de la controversia surgida entre las partes, se haya configurado un incumplimiento contractual ni ninguna otra situación generadora de la obligación de indemnizar.

Por las consideraciones antes mencionadas, el Tribunal procederá a declarar que no prospera la pretensión segunda de la demanda relativa al incumplimiento de Perenco y a declarar probadas las excepciones de “Inexistencia de la obligación de PERENCO de contratar un número mínimo de Órdenes de Trabajo y de contratar obras hasta el total del valor estimado bajo el Contrato”, “Inexistencia de abuso del derecho por parte de PERENCO”, “INGENIERÍA PUNTUAL actuó en contra de los principios de la Buena Fe Contractual y la imposibilidad de las partes de rebelarse contra las consecuencias jurídicas de los Actos Propios” y “PERENCO actuó de buena fe durante todo el íter contractual”.

4. PRETENSION TERCERA- PERJUICIOS

La demanda arbitral reformada solicita, igualmente, la condena a pagar los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento contractual alegado. Para tal efecto, establece como pretensiones tercera y cuarta las siguientes:

*“3. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a **PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED**, antes llamada **PETROBRAS COLOMBIA LIMITADA** a pagar los perjuicios causados a **A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S.**, en la cuantía que se determine en este proceso.*”

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

*4.- Que las sumas anteriores sean debidamente indexadas.*⁹⁸

Esta pretensión se reiteró de manera extensa en el alegato de conclusión⁹⁹, señalándose que los perjuicios causados a la Convocante son los correspondientes al A.I.U. (Administración, Imprevistos y Utilidades) del Contrato, que equivalen al 35% de su valor o, subsidiariamente, al valor de la póliza de seguros equivalente al 30% del valor del Contrato, según lo dispuesto por la jurisdicción contencioso administrativa.

Por su parte, al contestar la demanda reformada, la Convocada se opuso a todas las pretensiones, incluyendo aquellas relativas a la indemnización de perjuicios, e interpuso la excepción que denominó "*Inexistencia de Daño*"¹⁰⁰ por no estar obligada Perenco a utilizar los servicios de Ingeniería Puntual hasta copar el valor máximo estimado del Contrato. Adicionalmente, señala que los perjuicios alegados no son ciertos, reales, directos y previsibles y que si el Tribunal aceptara que se hubieran causado perjuicios a la Convocante, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina, los mismos únicamente podrían consistir en la utilidad declarada por el Contratista en 5% del valor del Contrato.

De igual manera, al alegar de conclusión¹⁰¹, la demandada reiteró su oposición a estas pretensiones en los términos anteriormente mencionados y adicionó que los perjuicios correspondientes a gastos de administración e imprevistos no fueron probados a lo largo del trámite arbitral, lo que confirma su improcedencia.

Bajo este escenario, pretende la demanda la condena consecuencial de indemnización de perjuicios patrimoniales, derivados del supuesto incumplimiento de la Convocada de las obligaciones derivadas del Contrato objeto de este proceso arbitral.

Como se anotó en acápite anteriores, al no haberse demostrado incumplimiento contractual alguno de las obligaciones de la Convocada, por lo cual no prosperó la segunda pretensión de la demanda y, en su lugar, sí lo hicieron algunas de las excepciones interpuestas por la Convocada en los términos ya reseñados, no hay lugar a decretar indemnización de perjuicios alguna.

⁹⁸ Cuaderno Principal No. 1, folio 188.

⁹⁹ Cuaderno Principal No.2, folios 441 y siguientes

¹⁰⁰ Cuaderno Principal No.1, folios 235R y siguientes

¹⁰¹ Cuaderno Principal No.2, folios 497 y siguientes

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Así las cosas, no es procedente la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios reclamados por la Convocante, dado que no se configuran los elementos que componen la responsabilidad civil contractual, y que se pueden resumir sintéticamente de la siguiente manera:

- a. Ausencia de hecho generador:** No hay un acto o hecho de donde nazca la responsabilidad civil contractual y que pudiera derivar en la causación de un daño.

Como se ha anotado, no se comprobó incumplimiento alguno de la Convocada. Tampoco existió cumplimiento defectuoso, tardío ni insuficiente de una obligación contractual.

- b. Ausencia de culpa:** En materia de responsabilidad contractual, la culpa se define como *“el factor subjetivo de la responsabilidad, la relación entre el querer del deudor y el incumplimiento del contrato”*¹⁰², elemento que no se encuentra presente dentro del proceso que nos ocupa. Tampoco se puede sostener que existió, ni existe evidencia, de negligencia, imprudencia, impericia ni violación de normas o reglamentos por parte de la Convocada que puedan conducir, siquiera a pensar, que hubo una culpa. No existe en la demanda prueba que la Convocada haya obrado con dolo, culpa grave, culpa leve o incluso culpa levisima.
- c. Ausencia de nexo causal:** Para que haya responsabilidad civil, y en este caso para que se pudiera declarar la responsabilidad contractual, es necesario que se pruebe la relación de causa a efecto entre el hecho generador y el daño. En el presente caso no hay un hecho generador porque no hubo incumplimiento de una obligación contractual y tampoco hay daño imputable a la Convocada
- d. Ausencia de daño:** Ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que el daño será indemnizable: *“(…) cuando su causación es imputable a un sujeto distinto al afectado, siempre que sea cierto y personal, condiciones necesarias para su existencia. La certeza atañe a la materialidad de la lesión, puesto que es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente, ya sea actual o bien potencial e inminente, mas no eventual, de ahí que si está fundado en la posibilidad remota de obtener un beneficio en el caso de que la acción dañina no se hubiere producido será hipotético. (...)”*¹⁰³.

¹⁰² MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual. Temis. Undécima edición. Bogotá. 2003. Pág. 34.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de enero de 2013. M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref. Exp. 110131030262002-00358-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

Si la convocante hubiera sufrido daños y éstos se hubieran reflejado en perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, en todo caso, ellos no se han dado por causa ni con ocasión del Contrato objeto de esta demanda.

En la realidad fáctica derivada del proceso que nos ocupa, no se puede identificar un daño cierto que tenga relación directa con la terminación o el incumplimiento del contrato.

En la demanda no hay evidencia alguna de daño emergente, y los perjuicios patrimoniales correspondientes al lucro cesante que alega el demandante que se le causaron con ocasión del supuesto incumplimiento contractual, no lo habrían sido por las acciones u omisiones de la Convocada.

En otras palabras, para que sea viable ejercer y que prospere una acción indemnizatoria de perjuicios aparejada a una de resolución o cumplimiento contractual a las que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, en concordancia con el 870 del Código de Comercio, o para la viabilidad de una acción indemnizatoria por incumplimiento de una obligación, a la luz de lo establecido por el artículo 1613 y siguientes del Código Civil, deben consolidarse una serie de presupuestos básicos, incluyendo no solo la presencia de un incumplimiento contractual probado y declarable, de un nexo causal, de un daño indemnizable y de un contrato válido y debidamente ejecutado. Esta posición ha sido reiterada no solo por la doctrina nacional, sino por la Jurisprudencia Colombiana, en una estructura interpretativa que se ha mantenido vigente por décadas.¹⁰⁴

Por ello, al no haberse comprobado incumplimiento contractual alguno, de entrada no se configura uno de los presupuestos esenciales de la acción indemnizatoria solicitada, la que no puede, en consecuencia prosperar, lo que hace innecesario cualquier análisis adicional de los requisitos adicionales que la configuran.

Por todo lo anterior, al no haber prosperado la pretensión segunda declarativa sobre incumplimiento contractual, no tienen asidero ni fundamento las pretensiones citadas sobre reclamación de una indemnización de perjuicios consecuenciales, ni su respectiva indexación, al no existir elemento alguno configurativo de una responsabilidad civil a cargo de la Convocada.

De esa manera, no han de prosperar las pretensiones tercera y cuarta de la demanda y, en su lugar, se

¹⁰⁴ En adición a las ya reseñadas, baste citar la Sentencia de 26 de enero de 1967 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia o la reciente obra "Derecho de Obligaciones", publicada por la Universidad de los Andes con Editorial Temis en 2010, Tomo II, Volumen I, Capítulo I, "El Hecho Ilícito. Nociones Fundamentales", por Marcela Castro de Cifuentes, páginas 19 y ss.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

declarará probada la excepción de la Convocada denominada “Inexistencia del Daño”.

5. CONTRATO DE TRANSACCIÓN – DESISTIMIENTO CONJUNTO.

En Audiencia de 5 de Agosto de 2015,¹⁰⁵ las partes de manera conjunta, presentaron memorial de desistimiento conjunto de la pretensión No. 5 de la demanda reformada, en virtud de contrato de transacción extrajudicial suscrito entre ellas, documento que de igual forma fue allegado al expediente.¹⁰⁶

En consideración a lo anterior, el Tribunal no hará pronunciamiento sobre la pretensión quinta formulada en la demanda reformada y las excepciones que contra ella fueron interpuestas por la Convocada en su respectiva contestación.

6. DECISION SOBRE JURAMENTO ESTIMATORIO

El Tribunal entra a analizar a continuación el alcance y efectos del juramento estimatorio que obra en este proceso arbitral. En tal sentido, la demanda tal y como fue reformada, señala lo siguiente:

“

CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO

La cuantía la estimamos en \$ 1.313.401.681. Bajo la gravedad del juramento estimamos el monto de los perjuicios asciende a la suma \$ 1.167.231.078, según el siguiente cuadro discriminado y que corresponde al valor del AIU previsto en el contrato de obra 9015209 del día 02 de Abril de 2012.

ADMINISTRACIÓN 25%	IMPREVISTOS 5%	UTILIDAD 5%	VALOR SIN EJECUTAR
\$833.736.484	\$166.747.297	\$166.747.297	\$4.502.177.011
\$1.167.231.078			

Adicionalmente a la fecha hay unas cuentas pendientes de pagar y por obras efectivamente ejecutadas por la suma de \$ 146.170.603, para un total de \$ 1.313.401.681.00¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cuaderno Principal, folios 277 a 287

¹⁰⁶ Cuaderno Principal, folios 308 a 313

¹⁰⁷ Cuaderno Principal No. 1, folio 188.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

Por su parte, al contestar la demanda reformada, la Convocada objetó el juramento estimatorio realizado con fundamento en la ausencia de obligación alguna de Perenco de "(...) utilizar los servicios de Ingeniería Puntual hasta copar el valor máximo estimado del Contrato (...)" y señalando que, según la jurisprudencia y la doctrina nacionales, en caso de estar obligado Perenco a resarcir algún perjuicio a Ingeniería Puntual, sólo podría alegarse como indemnización el valor de la utilidad dejada de percibir.¹⁰⁸

Sobre el particular, el artículo 206 del Código General del Proceso dispone lo siguiente:

"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 sospecha 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%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

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.

¹⁰⁸ Cuaderno Principal No.1, folios 237 y 238

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

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 que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. (Ha subrayado el Tribunal)

El inciso cuarto y el parágrafo de dicho artículo fueron modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, en los siguientes términos:

"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 equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

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 parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte".

De otra parte, afirmó la demandante al alegar de conclusión que:

"se generaron los siguientes perjuicios en favor de mi cliente:

Por administración: \$813.197.492;

Por imprevistos: \$162.639.498;

Utilidades: \$162.639.498; (Total: \$1.138.476.488)"¹⁰⁹.

Esta afirmación, como se ha dejado claramente establecido, no corresponde a la realidad procesal en la medida en que al no haber prosperado ni las pretensiones declarativas sobre incumplimiento

¹⁰⁹ Cuaderno Principal No. 2, folio 444.

**TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.**

contractual, ni las consecuenciales sobre los perjuicios sufridos, no existe por ende indemnización a causarse, ni mucho menos monto de perjuicios a ser determinados.

En este sentido, si no se configuró incumplimiento contractual por parte de la Convocada, por ninguna de las razones invocadas por la demandante y que fueron analizadas en acápite anteriores de este Laudo, mal podría el mismo proceder a analizar o cuantificar la existencia de eventuales perjuicios resultantes o derivados de dicho incumplimiento. Como corolario evidente de lo expuesto, al no existir responsabilidad contractual imputable a la demandada, no es procedente reconocer unas sumas derivadas de tal circunstancia.

Como ya se ha expresado, al no prosperar la segunda pretensión declarativa sobre incumplimiento contractual, ni la tercera subsecuente sobre indemnización de perjuicios, no hay lugar a los reconocimientos por lucro cesante o daño emergente.

No obstante lo anteriormente expuesto, considera el Tribunal que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 206 del CGP, antes mencionado, no es procedente en el presente caso la aplicación de la sanción a que alude su parágrafo, no obstante no haber prosperado ninguna de las pretensiones de la Convocante, con base en las siguientes consideraciones:

Para el Tribunal la actuación de la parte Convocante dentro del proceso no puede tildarse de negligente o temeraria, habida cuenta de que en el desarrollo de este proceso arbitral no se observó en la Demandante falta de cuidado o imprudencia que pudieran justificar la imposición de la sanción mencionada.

Considera el Tribunal que la Convocante actuó con convicción en sus planteamientos y pretensiones, no habiendo resultado acreditados los supuestos de hecho y de derecho que esgrimió a pesar de los medios de prueba que invocó y que fueron valorados.

De parte de la Convocante hubo una juiciosa asistencia a todas las audiencias, una profesional y respetuosa participación en las mismas, así como una clara y positiva colaboración con el objetivo que este proceso arbitral pudiera adelantarse sin contratiempos ni dilaciones. Resultaría, en consecuencia, excesivo y desproporcionado sancionar a la parte Convocante que actuó en derecho, por lo que el Tribunal se abstendrá de aplicar la sanción mencionada.

Lo anterior, lleva al Tribunal al convencimiento de que la parte Convocante si bien no obtuvo el reconocimiento de perjuicios que pretendía, ello no obedeció a negligencia o temeridad que le fuere

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

imputable.

En todo caso, resulta importante tener en cuenta que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 206, coincidió con la reforma introducida al mencionado artículo 206 del CGP. En efecto dicha sentencia establece lo siguiente:

“Por razones de probidad y de buena fe se exige, por ejemplo, que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos. Como se ilustró atrás, no se trata de un mero requisito formal para admitir la demanda, sino que se trata de un verdadero deber, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de la parte y de su apoderado.

Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía (...).

(...) Como lo anota el Ministerio Público, son diversas las causas por las cuales puede ocurrir la falta de demostración de los perjuicios. Dos son los escenarios hipotéticos iniciales que dan cuenta del fenómeno sub examine: (i) los perjuicios no se demostraron porque no existieron; y (ii) los perjuicios no se demostraron, pese a existir, porque no se satisfizo la carga de la prueba.

Al aplicar los parámetros dados en la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

(...)

*Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, **cuya causa sea imputable a hechos o***

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

*motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado*¹¹⁰.

Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que no hay lugar a aplicar la sanción a que se refiere el citado artículo 206 del CGP.

7. CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS.

Finalmente, resalta el Tribunal que la Convocante, antes del inicio de la audiencia realizada para la presentación de alegatos de conclusión, solicitó mediante memorial que los derechos económicos que le correspondieren en el laudo arbitral fuesen reconocidos a favor del Banco de Occidente. Posteriormente, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, complementó la solicitud con el documento intitulado “notificación cesión de derechos” y con una comunicación de 27 de noviembre de 2015 emanada de la Convocada, en la cual se manifiesta sobre el documento anteriormente mencionado.

Considerando que, según lo dispuesto en capítulos anteriores del presente laudo arbitral, no prosperó ninguna de las pretensiones de la demanda de INGENIERÍA PUNTUAL, el Tribunal no podrá hacer efectiva la mencionada cesión de los derechos económicos derivados del presente litigio.

III. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en la sentencia, siempre y cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Adicionalmente, el artículo 366 del CGP señala que *“La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado”*¹¹¹

En la medida en que, de conformidad con los argumentos esbozados por el Tribunal a lo largo del presente laudo, habrá de declararse que no prosperaron las pretensiones de la demanda y que, por el

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sent. C-153 del 2013.

¹¹¹ Código General del Proceso, artículo 366 numeral 3.

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

contrario, se considerarán probadas varias de las excepciones de mérito formuladas por la Convocada, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

No obstante, el Tribunal también considera que las partes obraron con la debida diligencia y prestaron su colaboración durante todo el término del trámite arbitral, demostrando una conducta que permitió la agilidad y eficacia del proceso, razón por la cual, el Tribunal procederá a condenar en costas y agencias en derecho a la parte Convocante de conformidad con la siguiente liquidación:

Por concepto de Costas:

1. El cincuenta por ciento (50%) de los honorarios y gastos pagados a los Árbitros, a la Secretaria del Tribunal, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y de los gastos del Tribunal, a saber, la suma de \$40.152.050,43.

2. El cien por ciento (100%) de los honorarios y gastos decretados para la práctica de uno de los dos peritajes que fueron absueltos durante el trámite arbitral, a saber, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) por concepto de honorarios de la perito y un millón de pesos (\$1.000.000) por concepto de gastos del peritaje, para un total de once millones de pesos (\$11.000.000)

Por concepto de Agencias en Derecho: La suma de diecinueve millones de pesos (\$19.000.000).

De conformidad con lo anterior, A.S. Ingeniería Puntual S.A.S. deberá reembolsar a Perenco Oil & Gas Colombia Limited la suma total de setenta millones ochocientos cincuenta y dos mil cincuenta pesos con cuarenta y tres centavos (\$70.152.050,43) por concepto de costas y agencias en derecho tal como se ordenará en la parte resolutive del presente laudo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S.**, parte convocante, y **PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED**, parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

RESUELVE

PRIMERO: Se declara que no prosperan las pretensiones Primera (1ª), Segunda (2ª), Tercera (3ª), Cuarta (4ª) y Sexta (6ª) de la demanda formulada por A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S. contra PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

SEGUNDO: Se declaran probadas las excepciones de “Inexistencia de la obligación de PERENCO de contratar un número mínimo de Órdenes de Trabajo y de contratar obras hasta el total del valor estimado bajo el Contrato”; “Inexistencia de abuso del derecho por parte de PERENCO”; “INGENIERÍA PUNTUAL actuó en contra de los principios de la Buena Fe Contractual y la imposibilidad de las partes de rebelarse contra las consecuencias jurídicas de los Actos Propios”; “PERENCO actuó de buena fe durante todo el íter contractual” e “Inexistencia de daño”.

TERCERO: Por haber sido desistida dentro del trámite arbitral, con la aceptación de la otra parte, no hay lugar a pronunciamiento del Tribunal sobre la pretensión Quinta (5ª) de la demanda reformada y sobre las excepciones de “Ejercicio del derecho de retención, por parte de PERENCO, pactado en el Contrato” y “Excepción de contrato no cumplido”.

CUARTO: Se condena en costas y agencias en derecho a A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S., según lo señalado en la parte motiva de esta providencia y se ordena que pague a PERENCO OIL & GAS COLOMBIA LIMITED la suma total de setenta millones ciento cincuenta y dos mil cincuenta pesos con cuarenta y tres centavos (\$70.152.050,43), correspondiente a cincuenta y un millones ciento cincuenta y dos mil cincuenta pesos (\$51.152.050) por concepto de costas y diecinueve millones de pesos (\$19,000.000) por concepto de agencias en derecho.

QUINTO: No se decreta la sanción dispuesta en el artículo 206 del CGP, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Por no haber resultado prósperas las pretensiones de la demanda, no se hará efectiva la cesión de los derechos económicos de A.S. INGENIERÍA PUNTUAL S.A.S., en favor del Banco de Occidente, derivados del presente litigio. Se ordena que por Secretaría se comuniquen así al mencionado establecimiento de crédito, una vez ejecutoriada la presente providencia.

SEPTIMO: Se declara causado el saldo final de los honorarios correspondientes a los árbitros y a la secretaria del Tribunal y se dispone su entrega junto con el IVA correspondiente menos las

TRIBUNAL ARBITRAL
A.S. INGENIERIA PUNTUAL S.A.S. VS. PERENCO OIL AND GAS COLOMBIA LIMITED.

retenciones establecidas en la ley. La Presidente del Tribunal rendirá cuentas de las sumas que le fueron entregadas y hará las devoluciones que correspondan.

OCTAVO: Se requiere a las partes para que procedan a entregar, en el término de diez (10) días, a los árbitros y a la Secretaria, los certificados de las retenciones en la fuente, ICA e IVA realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos.

NOVENO: Se ordena que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DECIMO: Se ordena que se entregue el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.


CARMENZA MEJIA MARTINEZ
Presidente


ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro


ANDREW ABELA MALDONADO
Árbitro


ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS
Secretaria