

TRIBUNAL ARBITRAL

TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.

CONTRA

OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-

(116054)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal Arbitral a proferir en derecho, por unanimidad, el Laudo que pone fin al proceso arbitral entre **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.**, como parte Convocante, y **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-**, como parte Convocada.

I. ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1. PARTES

1.1. Parte Convocante

La parte Convocante en el presente trámite arbitral es **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.** (en adelante, **TECNITANQUES**, la Demandante o la Convocante), sociedad constituida e inscrita conforme a las leyes colombianas, con domicilio principal en Bogotá, D.C., identificada con el NIT. 800.049.960, representada legalmente por el señor Eugenio Franco Delgado¹, la cual actuó en este proceso a través de apoderado judicial debidamente constituido².

1.2. Parte Convocada

La parte Convocada en el presente trámite arbitral es **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** (en adelante, **OCENSA**, la Demandada o la Convocada), sociedad de economía mixta constituida e inscrita conforme a las leyes colombianas, con domicilio principal en Bogotá, D.C., identificada con el NIT. 800.251.163, representada legalmente por Enrique Sandoval Parra³, la cual actuó en este proceso a través de apoderado judicial debidamente constituido⁴.

¹ Cuaderno Principal 1, folios 35-45

² Cuaderno Principal 1, folio 162

³ Cuaderno Principal 1, folios 46-63

⁴ Cuaderno Principal 1, folio 162

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la Cláusula 17.01 del Contrato No. 3802174, en la cual se estipuló:

“Todos [sic] las Disputas y cualquier controversia derivada de, o en conexión con, el presente Contrato, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento de acuerdo a las siguientes reglas:

(i) El Tribunal de arbitramento estará compuesto por tres árbitros, quienes deberán ser abogados admitidos para la práctica del derecho en la República de Colombia, quienes serán escogidos por acuerdo entre las Partes o, en caso de no existir acuerdo entre las mismas, elegidos de acuerdo con las reglas establecidas por la Cámara de Comercio de Bogotá.

(ii) El Tribunal de arbitramento decidirá en derecho y aplicará la ley colombiana.

(iii) El idioma del procedimiento será el idioma Español.

(iv) El Tribunal de Arbitramento tendrá su sede en la ciudad de Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”⁵.

Durante el presente proceso, ninguna de las partes presentó cuestionamiento alguno respecto de la existencia, validez y eficacia del pacto arbitral.

3. TRÁMITE INICIAL DEL PROCESO ARBITRAL

Las actuaciones surtidas en la parte inicial del presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1. La demanda inicial fue presentada por **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.** ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 15 de mayo de 2019⁶.

3.2. Las partes designaron de común acuerdo como árbitros principales del presente trámite arbitral a los doctores Carmenza Mejía Martínez, Arturo Solarte Rodríguez y William Namén Vargas (Acta de Reunión de Designación de Árbitros del 16 de julio de 2019)⁷, quienes una vez comunicada la designación aceptaron el nombramiento y dieron oportuno cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012⁸.

3.3. El 3 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de instalación (Acta No. 1)⁹; en ella se declaró legalmente instalado el Tribunal, se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del mismo el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se reconoció personería a los

⁵ Cuaderno Pruebas, folio 295

⁶ Cuaderno Principal 1, folios 1-30

⁷ Cuaderno Principal 1, folio 109

⁸ Cuaderno Principal 1, folios 122-133

⁹ Cuaderno Principal 1, folios 161-164

apoderados de las partes, se nombró como presidente al doctor William Namén Vargas y como secretaria a la doctora María Paula Bonivento Ocampo, quien aceptó oportunamente su designación y dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012¹⁰.

- 3.4.** En esa misma oportunidad se profirió el Auto No. 2, mediante el cual se admitió la demanda inicial y se ordenó notificar personalmente el auto admisorio a la parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso.
- 3.5.** El 9 de octubre de 2019 se notificó por medios electrónicos el auto admisorio de la demanda a la parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹¹.
- 3.6.** Mediante correo electrónico de 13 de diciembre de 2019, estando dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la parte Convocada presentó escrito de contestación a la demanda inicial, en el que formuló excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio. Dicho escrito fue igualmente radicado en físico ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 16 de diciembre de 2019¹².
- 3.7.** Vencido el término de traslado de la demanda inicial, mediante Auto No. 3 del 17 de diciembre de 2019 (Acta No. 3)¹³, se corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones de mérito propuestas por la Convocada en la contestación de la demanda inicial, así como de la objeción al juramento estimatorio.
- 3.8.** El término del referido traslado venció sin que la parte Convocante presentara escrito alguno.
- 3.9.** Mediante Auto No. 4 del 3 de enero de 2020 (Acta No. 4)¹⁴, el Tribunal fijó como fecha y hora para realizar la audiencia de conciliación el 15 de enero del mismo año a las 9:00 a.m.
- 3.10.** El 14 de enero de 2020, la parte Convocante presentó escrito de reforma de la demanda¹⁵, la cual fue admitida mediante Auto No. 5 del 30 de enero siguiente (Acta No. 5)¹⁶.
- 3.11.** El 18 de febrero de 2020, estando dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la parte Convocada presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda, en el que formuló excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio¹⁷.

¹⁰ Cuaderno Principal 1, folios 167

¹¹ Cuaderno Principal 1, folios 170-184

¹² Cuaderno Principal 1, folios 190-277

¹³ Cuaderno Principal 1, folios 278-279

¹⁴ Cuaderno Principal 1, folios 280-281

¹⁵ Cuaderno Principal 2, folios 282-315

¹⁶ Cuaderno Principal 2, folios 318-319

¹⁷ Cuaderno Principal 2, folios 320-439

- 3.12.** Vencido el término de traslado de la reforma de la demanda arbitral, mediante Auto No. 6 del 25 de febrero de 2020 (Acta No. 6)¹⁸, se corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones de mérito propuestas por la Convocada en la contestación de la demanda reformada, así como de la objeción al juramento estimatorio.
- 3.13.** Dentro de la oportunidad legal, el 4 de marzo de 2020, la parte Convocante recorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas respecto de la reforma de la demanda arbitral, así como de la objeción al juramento estimatorio¹⁹.
- 3.14.** El 22 de abril de 2020 se llevó a cabo la audiencia de conciliación (Acta No. 8)²⁰, sin que las partes hubieran llegado a acuerdo alguno, razón por la cual, mediante Auto No. 8 de la misma fecha, el Tribunal fijó los honorarios y gastos a cargo de las partes, sumas que fueron canceladas oportunamente, señalándose también fecha y hora para la primera audiencia de trámite.
- 3.15.** La primera audiencia de trámite inició el 29 de mayo de 2020 (Acta No. 10)²¹ y continuó y culminó el 10 de junio del mismo año (Acta No. 11)²². En ella, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las controversias sometidas a su consideración en la demanda arbitral reformada y en su contestación, así como en las excepciones formuladas, sin perjuicio de lo que posteriormente se resolviera en el laudo.
- 3.16.** En contra de la providencia mediante la cual el Tribunal decidió declararse competente, la parte Convocada interpuso recurso de reposición aduciendo que en el presente asunto había operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales. Después de correr el traslado del recurso de reposición a la parte Convocante y al Ministerio Público, mediante Auto No. 12 el Tribunal decidió no reponer la providencia recurrida, con fundamento en que para esa etapa del proceso la caducidad no lucía evidente, ostensible y manifiesta en los términos del artículo 164 literal j) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), y su estudio suponía analizar una serie de aspectos de fondo que resultaba necesario dilucidar en el Laudo Arbitral²³.
- 3.17.** En firme la providencia mediante la cual el Tribunal se declaró competente, mediante Autos Nos. 13 del 29 de mayo de 2020 y 15 del 10 de junio del mismo año, procedió a pronunciarse sobre las solicitudes de pruebas presentadas por las partes y procedió a su decreto.
- 3.18.** Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

¹⁸ Cuaderno Principal 2, folios 440-442

¹⁹ Cuaderno Principal 2, folios 443-455

²⁰ Cuaderno Principal 2, folios 521-528

²¹ Cuaderno Principal 2, folios 554-565

²² Cuaderno Principal 2, folios 595-602

²³ Cuaderno Principal 2, folios 558-559

Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor probatorio que les corresponda:

- a) Los documentos señalados y aportados por la parte Convocante con la demanda inicial como lo pidió en la demanda arbitral reformada²⁴.
- b) Los documentos señalados y aportados por la parte Convocada con la contestación a la demanda inicial y a la demanda reformada²⁵.

Se incorporaron al expediente los documentos aportados por los testigos Rodrigo Alfonso Rivera²⁶, Luis Eduardo Aponte²⁷ y Lilian De la Torre²⁸, durante el curso de sus declaraciones.

Exhibición de documentos

El Tribunal decretó la práctica de sendas exhibiciones de documentos en cabeza de la parte Convocante y de la parte Convocada.

La exhibición de documentos a cargo de OCENSA inició el 30 de junio de 2020 (Acta No. 13)²⁹ y continuó y culminó el 10 de julio del mismo año (Acta No. 15)³⁰. La exhibición de documentos a cargo de TECNITANQUES inició el 10 de julio de 2020 (Acta No. 15)³¹, continuó el 23 de julio del mismo año (Acta No. 17)³² y culminó el 3 de agosto de 2020 (Acta No. 19)³³.

Interrogatorio de parte

El 26 de junio de 2020 se recibió el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad Convocante³⁴.

Mediante correo electrónico de 26 de junio de 2020, la parte Convocada presentó el informe escrito bajo juramento del representante legal de OCENSA³⁵, conforme a lo dispuesto en los Autos Nos. 13 del 29 de mayo de 2020 y 16 del 10 de junio del mismo año.

Declaración de parte

El 26 de junio de 2020 se recibió la declaración de parte del representante legal de la parte Convocante³⁶.

²⁴ Cuaderno Principal 1, folios 23-28

²⁵ Cuaderno Principal 1, folios 271-273

²⁶ Cuaderno Pruebas, folios 499-512

²⁷ Cuaderno Pruebas, folio 542

²⁸ Cuaderno Pruebas, folio 543

²⁹ Cuaderno Principal 2, folios 652-656

³⁰ Cuaderno Principal 2, folios 676-684

³¹ Ibid

³² Cuaderno Principal 2, folios 732-739

³³ Cuaderno Principal 2, folios 770-776

³⁴ Cuaderno Principal 2, folios 641-645

³⁵ Cuaderno Pruebas, folios 489-498

³⁶ Cuaderno Principal 2, folios 641-645

Testimonios

Se recibieron los testimonios decretados así:

El 30 de junio de 2020 se recibió el testimonio de Antonio Miguel Corena Sarmiento³⁷.

El 3 de julio de 2020 se recibió el testimonio de Héctor Rodrigo Alfonso Rivera³⁸.

El 10 de julio de 2020 se recibió el testimonio de Eugenio Franco Díaz³⁹.

El 16 de julio de 2020 se recibieron los testimonios de Alexey Duarte Hernández, Luis Eduardo Aponte Rincón⁴⁰.

El 23 de julio de 2020 se recibieron los testimonios de Jeisson Iván Montenegro Alfaro, Lilian De la Torre Ballesteros y Jorge Orlando Franco Agudelo⁴¹.

El 24 de julio de 2020 se recibió el testimonio de Luis Gerardo Méndez Acero⁴².

El 3 de agosto de 2020 se recibió el testimonio de Carlos Alberto Juzga Lugo⁴³.

El 21 de agosto de 2020 se recibieron los testimonios de María Angélica Cubillos Bustos y María Paula Camacho Roza⁴⁴.

La parte Convocante desistió de los testimonios de Luisa Fernanda Lafourie, Javier Banoy y Miller González.

La parte Convocada desistió de los testimonios de Pablo Enrique Sierra, Daniel Ríos, Adriana Gómez, Alexandra Tirado, Miller González y Luisa Fernanda Lafourie.

En la audiencia en la que se recibió el testimonio de Luis Eduardo Aponte Rincón el apoderado de la parte Convocada formuló tacha de sospecha, temática sobre la que se pronunciará el Tribunal en este Laudo.

Dictamen pericial

Mediante correo electrónico de 7 de septiembre de 2020, dentro del término otorgado por el Tribunal, el apoderado de la parte Convocante presentó el dictamen pericial anunciado en el escrito de la demanda inicial y su reforma, suscrito por Luz Mérida Gamboa Mesa y Liliana Estrada Parias, el cual fue decretado por el Tribunal en providencia del 29 de mayo de 2020, y obra en el expediente a folios 544 a 1485 del Cuaderno de Pruebas.

³⁷ Cuaderno Principal 2, folios 652-656

³⁸ Cuaderno Principal 2, folios 666-668

³⁹ Cuaderno Principal 2, folios 676-684

⁴⁰ Cuaderno Principal 2, folios 690-695

⁴¹ Cuaderno Principal 2, folios 732-739

⁴² Cuaderno Principal 2, folios 745-748

⁴³ Cuaderno Principal 2, folios 770-776

⁴⁴ Cuaderno Principal 3, folios 805-810

El 9 de septiembre de 2020 la parte Convocada pidió efectuar “control de legalidad” del dictamen anterior por considerar que el mismo desborda el objeto de la prueba conforme a su solicitud y decreto. Sobre el particular, se pronunciará el Tribunal en este Laudo.

En audiencias llevadas a cabo el 19 de noviembre de 2020 y el 30 de noviembre del mismo año se recibió la declaración de la perito Luz Mérida Gamboa⁴⁵.

Mediante correo electrónico de 26 de octubre de 2020 -enviado nuevamente el 27 de octubre siguiente-, dentro del término otorgado por el Tribunal, el apoderado de la parte Convocada presentó el dictamen pericial anunciado en el escrito de contestación de la demanda inicial y su reforma, suscrito por Carlos Eduardo Jaimes, el cual fue decretado por el Tribunal en providencia del 29 de mayo de 2020, y obra en el expediente a folios 1486 a 1888 del Cuaderno de Pruebas.

En audiencia llevada a cabo el 30 de noviembre de 2020 se recibió la declaración del perito Carlos Eduardo Jaimes⁴⁶.

En audiencia realizada el 26 de junio de 2020, la parte Convocante desistió del dictamen pericial solicitado en el escrito de traslado de objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito interpuestas contra la reforma de la demanda⁴⁷, y que fue decretado por el Tribunal mediante Auto No. 13 del 29 de mayo de 2020⁴⁸.

3.19. La etapa probatoria se adelantó debidamente y las pruebas decretadas y no desistidas por las partes fueron practicadas en audiencias virtuales de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 491 de 2020.

3.20. Mediante Auto No. 46 del 30 de noviembre de 2020, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión⁴⁹.

3.21. El 19 de enero de 2021 se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión (Acta No. 30)⁵⁰. En ella, tanto las partes como el Ministerio Público expusieron sus alegaciones finales de manera oral y al finalizar la audiencia remitieron por correo electrónico los ejemplares escritos de sus alegaciones.

4. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

En audiencia realizada el 10 de junio de 2020⁵¹, de conformidad con lo previsto en el inciso 5º del artículo 10 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de las medidas tomadas para afrontar la situación de salud pública que afecta al país por causa del COVID-19, se señaló que el

⁴⁵ Cuaderno Principal 3, folios 909-912 y 916-921

⁴⁶ Cuaderno Principal 3, folios 916-921

⁴⁷ Cuaderno Principal 2, folios 643

⁴⁸ Cuaderno Principal 2, folio 561

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ Cuaderno Principal 3, folios 1453-1457

⁵¹ Cuaderno Principal 2, folio 601

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

término de duración del presente proceso sería de ocho (8) meses, contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de la adición -en días hábiles- que el mismo tuviera por las suspensiones decretadas, que según lo dispuesto en el artículo en mención no podrán superar un término que sumado exceda 150 días.

En consecuencia, como el 10 de junio de 2020 finalizó la primera audiencia de trámite, el término de duración del proceso -ocho (8) meses- vencería el 10 de febrero de 2021.

Durante el proceso se solicitaron y decretaron las siguientes suspensiones, las cuales se adicionaron, como días hábiles, al vencimiento del término de duración del proceso, según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012:

AUTO QUE DECRETÓ LA SUSPENSIÓN	FECHAS	DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS
Auto No. 17 de 10 de junio de 2020	Entre el 17 y el 25 de junio de 2020, ambas fechas incluidas.	6 días
Auto No. 28 de 24 de julio de 2020	Entre el 29 de julio y el 2 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas	3 días
Auto No. 32 de 4 de agosto de 2020	Entre el 4 y el 20 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas	11 días
Auto No. 35 de 21 de agosto de 2020	Entre el 22 y el 27 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas	4 días
Auto No. 38 de 28 de agosto de 2020	Entre el 29 de agosto y el 6 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas	5 días
Auto No. 41 de 21 de septiembre de 2020	Entre el 21 de septiembre y el 26 de octubre, ambas fechas incluidas	25 días
Auto No. 45 de 19 de noviembre de 2020	Entre el 20 y el 29 de noviembre de 2020, ambas fechas incluidas	6 días
Auto No. 47 de 30 de noviembre de 2020	Entre el 1 de diciembre de 2020 y el 18 de enero de 2021, ambas fechas incluidas	31 días
Autos Nos. 49 y 50 de 19 de enero y 16 de marzo de 2021	Entre el 20 de enero y el 15 de marzo de 2021, ambas fechas incluidas	39 días
	Total días hábiles suspendidos	130 días

En consecuencia, al adicionarse al 10 de febrero de 2021, ciento treinta (130) días hábiles, el término de duración del proceso se extiende hasta el 24 de agosto de 2021, motivo por el cual la expedición del Laudo Arbitral hoy 7 de abril de 2021, es oportuna.

En los controles de legalidad de la actuación efectuados por el Tribunal no hubo reparo u observación de las partes respecto del cálculo del término del proceso.

II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

La parte Convocante formuló las siguientes pretensiones en el escrito de reforma de la demanda:

“Primera. Que se declare que entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitantes Ingenieros S.A.S. se suscribió el Contrato 3802174 ‘Para la ingeniería, gestión de

TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)

compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad de almacenamiento de crudo, en el terminal de Coveñas de Ocensa', y que dicho contrato es válido y eficaz.

Segunda. *Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberse sustraído injustificadamente de su obligación de poner a disposición de Tecnitanques Ingenieros S.A.S., los tanques TK7311 y TK7312 para que fueran intervenidos en ejecución del contrato.*

Tercera. *Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques 7311 y 7312, invocando para ello una facultad contractual inaplicable.*

Primera subsidiaria de la Tercera. *Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de forma inoportuna y, por tanto, ineficaz.*

Segunda subsidiaria de la Tercera. *Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de forma excesiva, porque solo se podía excluir un tanque.*

Tercera subsidiaria de la Tercera. *Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de mala fe.*

Cuarta. *Que se declare que el incumplimiento de Oleoducto Central S.A. de las obligaciones a su cargo, causó a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. el perjuicio cierto consistente en el lucro cesante por la utilidad dejada de percibir por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los tanques TK7311 y TK7312, que se estima en **\$502.000.001,19** por cada tanque.*

Quinta. *Que, en consecuencia, se declare que Oleoducto Central S.A. es responsable del perjuicio anterior.*

Sexta. *Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de **\$1.004'000.002,38**, que corresponden a lo que habría recibido esta sociedad por concepto de utilidad por la ejecución total del contrato, previo descuento de lo recibido antes por el mismo concepto.*

Subsidiaria de la Cuarta. *Que se declare que el incumplimiento de Oleoducto Central S.A. de las obligaciones a su cargo causó a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. el perjuicio cierto consistente en la pérdida de oportunidad de percibir la utilidad por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los tanques TK7311 y TK7312, que se estima en **\$502.000.001,19** por cada tanque.*

Primera consecencial de la Subsidiaria de la Cuarta. *Que se declare que Oleoducto Central S.A. es responsable del perjuicio anterior.*

Segunda consecucional de la Subsidiaria de la Cuarta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. la suma de **\$1.004'000.002,38**, que corresponden a lo que habría recibido esta sociedad por concepto de utilidad por la ejecución total del contrato, previo descuento de lo recibido antes por el mismo concepto.

Séptima. Que se declare que el término establecido en el Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitanques Ingenieros S.A.S., para realizar la liquidación bilateral del mismo, era de noventa (90) días y que expiró sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre el particular.

Octava. Que se declare que Oleoducto Central S.A. incumplió la Cláusula VII, Sección 7.013, del Contrato n° 3802174, en relación con la liquidación del contrato dentro de los noventa (90) días contados a partir del momento en que se evidenció el incumplimiento de su parte.

Novena. Que se declare que la liquidación del contrato es un aspecto comprendido dentro del pacto arbitral, contenido en la Cláusula VII, Sección 7.013 del Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitanques Ingenieros S.A.S.

Décima. Que, en consecuencia, se liquide el contrato.

Décima primera. Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., el hito de prefabricación de los Tanques TK7311 y TK7312, de acuerdo con el Anexo 5.03 del Contrato 3802174.

Décima segunda. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de **\$10.680'307.366**, correspondiente al hito contra la entrega de la prefabricación, fase de construcción y montaje, por el '40% del valor de la suma global fija de construcción sin incluir el valor del soporte técnico'.

Décima tercera. Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar el hito de prefabricación en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.

Subsidiaria de la Décima primera. Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. lo correspondiente a los prefabricados, según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios, que se estima en **\$4.342.741.452**.

Primera consecucional de la Subsidiaria de la Décima primera. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de **\$4.342.741.452**, correspondiente a los prefabricados, según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios.

Segunda consecucional de la Subsidiaria de la Décima primera. Que en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar los valores a precios unitarios en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.

Décima cuarta. Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174.

Décima quinta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de **\$303.483.832**, correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174.

Décima sexta. Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.

Décima séptima. Que se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., todos los gastos, expensas, honorarios de abogados y peritos, y costas procesales y agencias en derecho que se causen con ocasión de la convocatoria y trámite de este arbitraje”.

2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA

Los hechos de la demanda reformada que sustentan las pretensiones transcritas son, en síntesis, los siguientes:

Hechos relacionados con la fase precontractual (hechos 1 a 17)

- En el año 2014, en el marco del proyecto denominado “*Proyecto de Expansión de Capacidad Potencia 135 (P135)*”, OCENSA adelantó un proceso privado de selección de un contratista para intervenir siete (7) de sus tanques ubicados en el terminal de Coveñas con el fin de ampliar la capacidad de almacenamiento de crudo.
- El 16 de septiembre de 2014, TECNITANQUES presentó oferta de servicios con base en el “*Pliego de condiciones SPO-3000006659*”. El 24 de septiembre siguiente, TECNITANQUES envió un alcance a la oferta, remitiendo copia de videos e información fotográfica del proyecto de construcción de dos tanques para Ecopetrol, que se realizaba en un lugar adyacente a la zona de los trabajos.
- El 26 de septiembre de 2014, OCENSA le pidió a TECNITANQUES aclarar algunos aspectos específicos de su oferta, lo cual en efecto ocurrió.
- El mencionado proceso privado de selección fue declarado desierto, pero OCENSA decidió abrir una nueva convocatoria privada para celebrar un contrato con el mismo objeto, esta vez con base en el pliego de condiciones “*SPO-3000006934*”, y el 24 de octubre de 2014 envió una nueva invitación a TECNITANQUES para participar en el mismo.
- De conformidad con lo previsto en el documento denominado “*Especificaciones técnicas PW135-pmd-esp-009*”, que es parte integral del pliego de condiciones y, por tanto, del Contrato finalmente celebrado, en un principio OCENSA había considerado la ejecución del Contrato respecto de siete (7) tanques, y el alcance

del objeto contractual implicaba labores de ingeniería básica, revisadas y aprobadas por OCENSA.

- La información general del proyecto y las condiciones locales del terminal de Coveñas quedaron especificadas en el documento PW135-3GGG-PRW-1402, denominado “*Bases y Criterios de Diseño*”.
- El 29 de octubre de 2014, TECNITANQUES presentó a OCENSA una oferta en firme, en la que propuso cumplir con los requerimientos para la ampliación de la capacidad de almacenamiento, pero con la intervención de sólo tres (3) y no siete (7) tanques.
- El 6 de noviembre de 2014, TECNITANQUES presentó su propuesta ajustada en términos de plazo y valor final. En ella se estipuló que el valor del contrato sería de \$40.001.693.578,98, para incrementar la capacidad instalada en 520.000 barriles, es decir, 20.000 barriles más que los previstos inicialmente, a un costo promedio de USD\$37,53 por barril adicional de capacidad, con lo que se logró una disminución de 3.48% (\$1441.338.969) respecto del precio inicialmente ofrecido.
- El 21 de noviembre de 2014, TECNITANQUES aceptó expresamente los hitos de pago propuestos, recogidos en el Anexo 5.03 del Contrato.
- En esa misma fecha, OCENSA aceptó la propuesta ajustada presentada por TECNITANQUES, por un valor de \$40.001.693.578,31, y con un plazo de 30 meses de ejecución, más 2 meses para la liquidación.

Hechos relacionados con el contrato celebrado (hechos 18 a 36)

- El 10 de diciembre de 2014, TECNITANQUES suscribió el Contrato No. 3802174 y al día siguiente lo entregó diligenciado a OCENSA. Del mismo forman parte integral los siguientes anexos:

Anexo 1.01 (xxi)	Código de conducta del contratante
Anexo 1.01 (xxxvii)	Especificaciones Técnicas y sus anexos
Anexo 1.01 (lviii)	Licencias Ambientales
Anexo 5.01 (1)	Metodología Libro Abierto
Anexo 5.01 (2)	Listado de cantidades y Precios
Anexo 5.03	Hitos de pago
Anexo 7.01	Programa Maestro de Trabajo
Anexo 9.01	Políticas Corporativas del Contratante

(i) Sobre la tipología del Contrato

- El pliego de condiciones y las especificaciones técnicas fueron los mismos en los dos procesos de selección, así como la minuta del Contrato, predispuesta por OCENSA.
- A pesar de su naturaleza de sociedad mercantil sujeta al derecho privado para el desarrollo de su objeto, la condición pública del patrimonio de OCENSA

implica para ella que en el desarrollo de su actividad contractual deba someterse a los principios generales previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y que deba observar también los principios particulares de la contratación pública.

- El Contrato fue concebido y estructurado por OCENSA como **“llave en mano”** (Cláusula I, Sección 1.01, numeral LX), por cuya suscripción TECNITANQUES se obligó a elaborar la ingeniería, la gestión de compras, y la construcción y montaje de las obras necesarias para cada tanque. Dicha tipología contractual implica para el contratista la asunción de los riesgos derivados del objeto contratado, pues el contratante recibe la obra final a cambio de un precio definido *ex ante* y le son inoponibles las contingencias propias del diseño y la ejecución de la obra; la economía del contrato para el contratista es compleja e implica la remuneración necesaria de todos los riesgos a lo largo de la ejecución del mismo.

(ii) Sobre la estructura de la remuneración

- La estructura de remuneración por hitos busca retribuir, al cabo de ciertas fases, no solo las obras materiales ejecutadas, sino los riesgos asumidos para ello por el contratista.
- Los planes de trabajo presentados por TECNITANQUES con su oferta, que fueron objeto de evaluación por parte de OCENSA sin que esta manifestara desacuerdo alguno, previeron el adelantamiento simultáneo de todas las actividades que fueran susceptibles de ello, con la única excepción de la fase de montaje, que debía ser sucesiva, a medida que OCENSA entregara los tanques que salían a mantenimiento mayor. Esa estrategia se refleja en el componente económico de la oferta porque la posibilidad de adelantar de forma conjunta ciertas fases permitió generar eficiencias que se trasladaron al precio final.
- La remuneración del contratista (Suma Global Fija de Ingeniería + Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje) tiene dos fases: (i) determinación y (ii) pago. La determinación para la ingeniería vino dada por el Contrato; la determinación de los demás componentes del Contrato EPC se hizo con apego a la metodología prevista según el libro abierto, y se llegó a un acuerdo respecto de ella. De lo contrario, no habría sido posible la adquisición de las láminas. Respecto de la segunda fase, los pagos anticipados se cumplieron en oportunidad para la adquisición de las láminas, y también hubo pagos parciales según los hitos alcanzados, salvo el que OCENSA se negó injustificadamente a pagar, como se desarrolla a continuación.

(iii) Las estipulaciones contractuales

- La facultad de OCENSA de excluir tanques se encuentra regulada en la cláusula 3.02 del Contrato.
- El Contrato originalmente fue estructurado para la intervención de siete (7) tanques, y eso le permitía a OCENSA ejercer dicha potestad con mayor facilidad. Cosa distinta es que a través de la mencionada potestad, OCENSA vaciara el objeto del Contrato y, de mala fe, la utilizara con el resultado de terminarlo

unilateralmente, pues se trataba de una facultad de exclusión, más no una de terminación unilateral, comportamiento que constituye un abuso del derecho en el ejercicio de tal potestad. Las causales de terminación anticipada del Contrato por parte de OCENSA se encuentran reguladas en la cláusula 16.03.

Hechos relacionados con la ejecución del Contrato EPC (hechos 37 a 103)

- Mediante comunicación de 10 de febrero de 2015, TECNITANQUES, además de remitir a OCENSA la póliza de cumplimiento para amparar todas las fases del Contrato, informó sobre la compra, fabricación, transporte, importación y nacionalización de las láminas necesarias *“para los 3 tanques”* y, en consecuencia, adjuntó la orden de compra por USD2,249,000, y la factura a OCENSA por \$3.325.000.000.
- El 2 de marzo de 2015, TECNITANQUES envió a OCENSA varios entregables.
- El 6 de marzo de 2015, TECNITANQUES efectuó un requerimiento de pago a OCENSA de la factura de 10 de febrero de 2015 y adujo la inconveniencia del retraso no solo por la fluctuación de la divisa, sino por la pérdida del turno en la siderúrgica para la prefabricación de las piezas.
- El 13 de marzo de 2015, TECNITANQUES remitió a OCENSA un cuadro de costos y cantidades de láminas por cada tanque.
- El 27 de marzo de 2015 se expidió el Acta de Inicio del Contrato 3802174 para la ejecución de las obras de ingeniería, compras, construcción y montaje, a pesar de que la ejecución real ya había iniciado, en sus fases de ingeniería y compras, desde el 10 de febrero de 2015. En dicha Acta no se mencionó que sólo se iniciaba la ejecución del primer tanque, sino que se previó el inicio del Contrato en su totalidad.
- El 22 de abril de 2015 se suscribió el Acta de Reunión 006. OCENSA anunció que *“el primer tanque”* lo iba a entregar en junio de 2015, y TECNITANQUES solicitó que se permitiera *“una facturación por avance de obra”* con el fin de tener flujo de caja. OCENSA informó en la reunión que el primer tanque a intervenir era el 7311.
- El 28 de abril de 2015 se suscribió el Acta de Reunión 007. TECNITANQUES informó sobre el proceso de prefabricado de *“las patas”* del tanque, y OCENSA informó que la entrega del primer tanque para intervención se realizaría el 30 de junio de 2015. TECNITANQUES requirió el pago de la factura 2165 de 8 de abril de 2015.
- El 4 de mayo de 2015, TECNITANQUES advirtió a OCENSA sobre una falla en la base del tanque 7311 y anunció un estudio de patología.
- El 15 de mayo de 2015, TECNITANQUES presentó a OCENSA el proveedor encargado de prefabricar y anunció la movilización de las láminas a la planta para su prefabricación.

- El 20 de mayo de 2015 se suscribió el Acta de Reunión 008. OCENSA informó que el primer tanque a intervenir sería el 7313, no el 7311; TECNITANQUES entregó la ingeniería mecánica del tanque 7311; OCENSA informó que la fecha de entrega del tanque a intervenir sería el 18 de agosto de 2015; TECNITANQUES propuso la necesidad de iniciar la ejecución de obras civiles en los tres tanques, así estuvieran en funcionamiento, a lo que OCENSA contestó que se debía presentar el PDT para aprobación.
- El PDT se materializó en la práctica en tres planes de trabajo, uno por cada tanque, entregados por TECNITANQUES a OCENSA el día en que radicó su oferta.
- El 3 de junio de 2015 se suscribió el Acta de Reunión 009. OCENSA informó de una demora adicional para entregar el tanque 7313; TECNITANQUES informó del inicio de la prefabricación de las láminas en Barranquilla y consultó la posibilidad de iniciar obras civiles en los diques.
- En junio de 2015 se suscribió el acta de Reunión 010. OCENSA informó el aplazamiento del inicio de labores en el primer tanque hasta el 1 de septiembre de 2015.
- El 25 de junio de 2015 se suscribió el acta de Reunión 011. OCENSA informó que la fecha de entrega del tanque 7313 era el 18 de septiembre de 2015; TECNITANQUES informó sobre el avance en la prefabricación de las láminas de todos los tanques.
- En un mes, OCENSA cambió el tanque que iba a ser intervenido en el primer turno, por lo que era necesario tener disponibilidad para intervenir cualquiera de los tres tanques, lo que hacía indispensable avanzar simultáneamente con la ingeniería, compras y prefabricación de las piezas.
- El 2 de julio de 2015 se suscribió el Acta de Reunión No. 13. TECNITANQUES insistió en la necesidad de que se permitiera la facturación por avance de obra.
- El 9 de julio de 2015, TECNITANQUES remitió a OCENSA la *“ingeniería civil del proyecto”* de los tres tanques, lo cual muestra que OCENSA conocía que se estaban adelantando trabajos de manera simultánea para los tres tanques porque la realidad contractual así lo exigía.
- El 20 de agosto de 2015, TECNITANQUES requirió a OCENSA para que se modificara la forma de facturación en el componente de construcción y montaje, con corte quincenal según el avance de la prefabricación porque el sistema vigente no permitía que el proyecto fuera “auto sostenible”. Según lo pactado en el contrato, sólo contra la entrega del 100% de los prefabricados, el contratista tenía derecho al pago parcial del 40% de la suma global para construcción, sin incluir el valor del soporte técnico.
- El 27 de agosto de 2015 se suscribió Acta de Reunión 014. OCENSA informó que la nueva fecha para el inicio de las labores era el 7 de octubre de 2015;

TECNITANQUES informó que el prefabricado para el tanque 7313 estaba listo, y que seguía la prefabricación para los tanques 7311 y 7312.

- En reunión de 4 de septiembre de 2015 (Acta de Reunión 015), OCENSA informó a TECNITANQUES que no era posible modificar la forma de facturación.
- El 7 de septiembre de 2015, TECNITANQUES remitió a OCENSA el Acta de Pago No. 3.
- El 27 de noviembre de 2015, OCENSA informó a TECNITANQUES el inicio de actividades de las *“obras concernientes a la ampliación y aumento de capacidad del TK 7313”*. Ello no implica que el comienzo de ejecución del Contrato en su totalidad no se hubiese iniciado con anterioridad, teniendo en cuenta la real ejecución del mismo en cuanto a la prefabricación de los tres tanques, etapa anterior al inicio de obras y que no requería suscripción de Acta de Inicio de Obras.
- El 8 de enero de 2016 se suscribió el *“Acta Administración de Contrato”*, que corresponde a la definida en el Contrato como *Acta de Inicio de las Obras*, que marcó el inicio de actividades, en especial solo para el tanque 7313. La fase de construcción y montaje había empezado ya con la prefabricación, mucho antes de la suscripción de dicha Acta.
- El 25 de febrero de 2016 se suscribió el Acta de Avance de Prefabricados No. 4, en donde se dejó constancia de que los prefabricados para los tres tanques estaban terminados al 100%. OCENSA informó *“que los hitos de pago de estos ítems serán causados de acuerdo a lo estipulado contractualmente”*.
- El 7 de abril de 2016, TECNITANQUES requirió a OCENSA el pago de lo debido a la fecha en cumplimiento de lo acordado, que correspondía al hito de prefabricados de los tres tanques, según la naturaleza llave en mano del Contrato, equivalente a \$10.604'560.504; y advirtió que por la necesidad de ejecutar el Contrato dentro del plazo previsto, que expiraba en septiembre de 2017, adelantó de manera simultánea los procesos de ingeniería, compras de láminas y prefabricación, como se había indicado desde la presentación de la oferta.
- El 23 de agosto de 2016, OCENSA respondió el requerimiento de TECNITANQUES relativo al pago del hito causado, y le advirtió que su solicitud no era viable porque TECNITANQUES había ejecutado lo relacionado con los prefabricados *“sin acta de inicio de obras”* de cada tanque.
- El 21 de diciembre de 2016 se produjo el Acta de Entrega de Láminas Prefabricadas de los tanques TK7311 y TK7312.
- El 23 de enero de 2017 se produjo el Acta de Finalización del tanque TK7313.
- El 18 de abril de 2017, fue entregado en TECNITANQUES un oficio de OCENSA en el que se informó sobre su decisión de excluir los dos tanques restantes del alcance del Contrato, en ejercicio de la previsión contractual que autoriza al

contratante a hacerlo. La comunicación tiene fecha de abril de 2016, pero fue elaborada y entregada en abril de 2017, como indica su sello interno de gestión documental.

- La mencionada comunicación fue enviada y entregada sin las formalidades previstas y firmada por una persona distinta a las determinadas como interlocutores contractuales válidos.
- El 20 de septiembre de 2017, TECNITANQUES envió a OCENSA un cálculo de ajustes salariales; y el 12 de octubre de 2017, OCENSA respondió que los ajustes pedidos eran inviables y que era necesario reformularlos.
- A pesar de que en la mencionada comunicación de exclusión OCENSA no invocó ninguna de las causales de terminación anticipada del Contrato, la actividad de aquella tuvo por efecto material vaciar el objeto del mismo, con lo que, en la práctica, terminó el Contrato.
- OCENSA envió a TECNITANQUES una propuesta de liquidación bilateral del Contrato, que fue respondida el 9 de noviembre de 2017, en el sentido de rechazarla porque no daba cuenta de los hitos causados.
- El 9 de mayo de 2018, TECNITANQUES envió a OCENSA una sustentación del asunto de los prefabricados, con dos escenarios de liquidación de las sumas debidas, uno según los hitos fijados en el Contrato, y otro a precios unitarios, y requirió el pago del hito.
- Durante varios meses de 2018, TECNITANQUES adelantó gestiones de cobro e intentó conciliar con OCENSA las diferencias derivadas de la liquidación del Contrato, lo cual no fue posible.

Hechos relacionados con los incumplimientos de OCENSA (hechos 104 a 147)

- OCENSA incumplió el Contrato en la medida en que no pagó a TECNITANQUES el hito contra entrega de la prefabricación, de la fase de construcción y montaje por el *“40% del valor de la suma global fija de construcción sin incluir el valor del soporte técnico”*.
- Aun cuando así había sido ofrecido, aceptado e incorporado a los planes de trabajo, OCENSA decidió volver sobre sus propios actos y cuestionar la ejecución de los prefabricados, argumentando que habrían empezado a ser ejecutados antes de que se suscribieran las actas de inicio de obras en cada uno de los dos tanques restantes.
- OCENSA, en una interpretación equivocada y un ejercicio ilegal de la cláusula de exclusión, incumplió con la entrega de los tanques TK7311 y TK7312 para que TECNITANQUES desarrollara el objeto contractual.
- El objeto del Contrato era la ampliación de la capacidad de los tres tanques; la ingeniería y las compras eran fases preparatorias para el resultado final.

- OCENSA incumplió el Contrato en la medida en que, en ejercicio de la cláusula de exclusión, lo terminó material, anticipada e ilegalmente. OCENSA desconoció la verdadera naturaleza de la cláusula de exclusión, la cual no tiene un propósito distinto que permitir a las partes ajustar las cargas y obligaciones del Contrato, ajustar la cantidad de tanques, pero bajo supuestos remediales de la economía y equidad contractual, y no, como en efecto lo hizo OCENSA, instrumentalizándola como mecanismo de terminación anticipada del Contrato.
- La cláusula de exclusión se estructuró a partir de unas coordenadas del negocio diferentes de las que se recogieron finalmente en el Contrato, en particular lo relativo al universo definido de tanques a intervenir. Tanto el primer proceso de selección -desierto- como el segundo -adjudicado- se programaron a partir de un grupo de siete (7) tanques que serían potencialmente intervenidos. Con ese elevado número de tanques sujetos a la intervención, es razonable que el contratante pudiera contar con la posibilidad de excluir alguno, por la razón que fuera. Pero la interpretación y aplicación práctica de la facultad unilateral de excluir un tanque no podía suponer dejar sin objeto el Contrato.
- La estipulación de la facultad unilateral de terminación anticipada del Contrato es considerada lícita por el ordenamiento jurídico colombiano siempre y cuando las circunstancias de su predisposición, así como las de su ejercicio o contenido, respondan a un análisis juicioso de validez y licitud. La buena fe se erige como criterio rector y principal fundamento de la facultad de terminación unilateral anticipada del Contrato.
- En caso de que se acoja la interpretación de OCENSA y se acepte el ejercicio de la cláusula de exclusión bajo la potencialidad de fulminar el vínculo obligacional, es necesario que la misma responda a los estrictos parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia para la formación y ejercicio de este tipo de cláusulas.
- Pretender ejercer un poder jurídico en desconocimiento de la función teleológica del mismo, implicaría el ejercicio abusivo de ese derecho, por contrariar los fines que el contrato tuvo en mira al reconocerlo y por exceder los límites impuestos por la buena fe. El análisis para determinar el ejercicio abusivo por parte de OCENSA de la facultad de exclusión debe partir de la finalidad de dicha facultad: brindar mecanismos en orden de equilibrar la economía del Contrato.
- OCENSA incumplió entonces el Contrato en la medida en que: (i) no pagó a TECNITANQUES el hito de prefabricación, (ii) en una interpretación equivocada y un ejercicio ilegal de la cláusula de exclusión incumplió en la entrega de los tanques TK7311 y TK7312 para que TECNITANQUES desarrollara el objeto contractual, (iii) terminó el Contrato materialmente dando aplicación a una cláusula que por su naturaleza no estaba llamada a producir dichos efectos.

3. LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

La parte Convocada presentó oportunamente la contestación a la reforma de la demanda, aceptando algunos hechos y negando otros, y formuló las siguientes excepciones de mérito:

- A. *“INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE OCENSA”*
- B. *“BUENA FE DE OCENSA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO”*
- C. *“EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES – PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – LIBERTAD DE CONTRATACIÓN”*
- D. *“ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE TECNITANQUES – IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL PREFABRICADO”*
- E. *“TECNITANQUES DESCONOCE LA NATURALEZA DEL CONTRATO SUSCRITO CON OCENSA – CONTRATO CON LIBROS ABIERTOS”*
- F. *“NO CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN PRECEDENTE PARA REALIZAR EL PREFABRICADO Y POR ENDE OBTENER EL PAGO RECLAMADO”*
- G. *“TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS – TECNITANQUES NO PUEDE DESCONOCER SUS PROPIOS ACTOS, NI SUS DECLARACIONES Y GARANTÍAS”*
- H. *“SOLEMNIDAD CONVENCIONAL – EL CONTRATO Y SUS CLÁUSULAS SOLO PODÍAN SER MODIFICADAS POR ESCRITO Y POR PERSONAS CON CAPACIDAD PARA ELLO”*
- I. *“FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – EVENTUALIDAD DE LOS PERJUICIOS”*
- J. *“COBRO DE LO NO DEBIDO POR PARTE DE TECNITANQUES – MALA FE”*
- K. *“IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN POR LOS CONCEPTOS ADUCIDOS POR TECNITANQUES EN LA DEMANDA – EVENTUALIDAD DEL SUPUESTO PERJUICIO”*
- L. *“INEXISTENCIA DE DERECHO CIERTO DE TECNITANQUES PARA RECIBIR LOS TK7311 Y 7312 – IMPOSIBILIDAD DE RESARCIR EL PERJUICIO”*
- M. *“EL CONCEPTO DE LLAVE EN MANO NO CONLLEVA AL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO RECLAMADO POR TECNITANQUES”*
- N. *“INEXISTENCIA DE ABUSO POR PARTE DE OCENSA”*
- O. *“CADUCIDAD”*
- P. *“EXCEPCIÓN GENÉRICA”*

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público, en la oportunidad procesal respectiva, emitió su concepto y solicitó: (i) declarar que OCENSA *“está obligado a pagar a*

Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la prefabricación de los Tanques TK7311 y TK7312 de acuerdo al valor real invertido por Tecnitanques según las pruebas obrantes en el proceso y considerando el numeral 10 del dictamen pericial aportado por Ocesa”; y (ii) “negar las demás pretensiones de la demanda arbitral sobre otros pagos o indemnizaciones”. En síntesis, manifestó lo siguiente:

Señaló el Ministerio Público que las actividades del objeto contractual eran: ingeniería básica; ingeniería de detalle; compras de equipos y materiales; construcción y montaje; y soporte técnico a la puesta en marcha, y que la tarea de prefabricado de los tanques hacía parte de la etapa de construcción y montaje.

Así mismo, sostuvo que OCENSA tenía la facultad de excluir un determinado tanque del alcance de las Obras objeto del Contrato, antes de la firma del acta de inicio de obras, y dicha facultad no constituía un incumplimiento del Contrato ni generaba pago a favor del Contratista de ninguna compensación o indemnización en relación con el tanque excluido.

Sin embargo, a juicio del Ministerio Público, a pesar de la existencia de esa estipulación, la realidad de la ejecución del contrato muestra que el prefabricado de los tres tanques fue planeado simultáneamente (programa maestro de trabajo) y elaborado en los tanques TK 7311 y TK 7312 sin suscribir las actas correspondientes con el conocimiento y sin objeción de OCENSA, sin que haya lugar entonces a la aplicación del criterio de “riesgo creado” por el contratista, pues las consecuencias de las actividades no se originaron por determinación única de TECNITANQUES.

En conclusión, en criterio del Ministerio Público procede el pago a TECNITANQUES *“por el prefabricado de los tanques 7311 y 7312, pero no así de la utilidad por la ejecución total del contrato o indemnización por la exclusión de estos dos tanques (...).”*

Finalmente, en cuanto al sistema de remuneración de los costos por el prefabricado de los tanques 7311 y 7312, consideró que la misma no corresponde a la modalidad de *“pago del 40% de la suma global fija de la construcción y montaje”*, como lo pretende la Convocante, pues los tanques 7311 y 7312 sólo fueron objeto de prefabricados, primera actividad de las 10 que componen la de construcción y montaje. Por lo tanto, para establecer el costo real de los prefabricados de dichos tanques, el Tribunal debe tener en cuenta el análisis contable que se hace en el numeral 10 del dictamen pericial aportado por OCENSA sobre el valor total invertido por TECNITANQUES en prefabricados en taller.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los siguientes temas:

1. Los presupuestos procesales
2. La excepción de caducidad
3. La tacha de sospecha
4. Los dictámenes periciales de parte
5. Las pretensiones de la demanda

6. Las excepciones interpuestas
7. La objeción al Juramento Estimatorio
8. Las costas

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los “presupuestos procesales”⁵², es decir, “las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”⁵³, se encuentran satisfechos para proferir el Laudo decisorio de la controversia sometida a consideración del Tribunal.

Las Partes son personas jurídicas debidamente constituidas y estuvieron debidamente representadas dentro del proceso; ambas actuaron por conducto de su respectivo apoderado judicial y están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, así como de la libertad contractual o autonomía privada dispositiva, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 8º y 13, Ley 1285 de 2009, 1º y 3º, Ley 1563 de 2012), y así lo acordaron en el pacto arbitral contenido en el Contrato generatriz de las diferencias.

El trámite se adelantó con observancia de las disposiciones legales previstas para el arbitraje nacional y con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. De conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal efectuó control de legalidad al cierre de la etapa probatoria y de las alegaciones finales, sin haber advertido ninguna causal de nulidad o irregularidad que debiera ser saneada o declarada de oficio, manifestación frente a la cual las partes expresaron su conformidad.

En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, no existe defecto alguno en la actuación surtida o que imponga aplicar el artículo 137 del Código General del Proceso⁵⁴, por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes en sus escritos.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el Tribunal analizará seguidamente de manera particular el presupuesto atinente a que no haya operado la caducidad de

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954. Gaceta Judicial LXXVIII No. 2145, págs. 345 y ss.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Radicación: 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652): “[...] Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.”

⁵⁴ El Art. 137 del Código General del Proceso establece: “En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.”

la acción, toda vez que respecto de dicha exigencia existe una diferencia entre las partes.

2. LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Según se ha anunciado, el Tribunal abordará de manera preliminar la excepción de caducidad planteada por OCENSA, puesto que, de encontrarla probada, quedaría relevado de decidir el fondo del presente litigio.

Corresponde, ciertamente, establecer en primer lugar si se presenta la extemporaneidad del ejercicio de la acción por parte de la Convocante, circunstancia determinante en cuanto resultaría impeditiva de una decisión de fondo sobre las peticiones propuestas por aquélla.

2.1. Posición de las partes

La controversia en este particular se centra en que, según OCENSA, para la fecha de presentación de la demanda inicial -15 de mayo de 2019- ya habría operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales y que, en todo caso, dicho medio extintivo se habría configurado sin lugar a duda respecto de las pretensiones de la demanda reformada presentada el 14 de enero de 2020.

En la posición de la Convocada, los dos años de caducidad habrían corrido desde el 23 de abril de 2017, esto es noventa (90) días después de la fecha del acta de entrega del tanque 7313 (23 de enero de 2017), único que fue ampliado por TECNITANQUES, con lo cual el término de caducidad habría vencido el **23 de abril de 2019** y de esta manera la caducidad habría operado incluso frente a la demanda inicial.

TECNITANQUES, a su turno, argumenta que deben agregarse los dos (2) meses de que trata el apartado v. del artículo 164 numeral 2. literal j) del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), con lo cual, si ese lapso se añade al del vencimiento de los noventa (90) días desde la fecha de entrega del único tanque ejecutado (abril 23 de 2019), los dos años de caducidad se contarían hasta el **23 de junio de 2019** y en tal caso la demanda radicada el 15 de mayo de 2019 habría sido presentada oportunamente.

En relación con las específicas pretensiones de la demanda reformada, aduce TECNITANQUES que no se trata de nuevos elementos jurídicos que no hubieran sido planteados *ab initio*, sino que su inclusión posterior fue resultado de un mero ejercicio de apreciación sobre aspectos ya existentes en la controversia.

La discrepancia radica, pues, de un lado, en que mientras OCENSA computa el término de caducidad a partir del 23 de abril de 2017, bajo el entendido de que es esta, a su vez, la fecha de vencimiento del plazo de 90 días convenido para liquidar el contrato, TECNITANQUES añade a ese término el de los dos meses indicado en el apartado v. del literal j) numeral 2. del artículo 164 del C.P.A.C.A., que encuentra aplicable al presente caso. Y, de otro lado, en que según OCENSA habría operado, en todo caso, la caducidad para la fecha en que se presentó la reforma de la demanda.

2.2. Consideraciones del Tribunal

2.2.1. Hechos relevantes

Para dilucidar estos aspectos relativos a la caducidad de la presente acción, son hechos relevantes los siguientes:

1. En la sección 7.013 del Contrato, las partes pactaron el término de 90 días a partir del acta de aceptación final del último tanque entregado, para hacer su liquidación:

“7.013. Etapa de Liquidación. Las partes dispondrán de un término de 90 Días contados a partir de la suscripción del Acta de Aceptación Final de la totalidad de los Tanques (es decir el Acta de Aceptación Final correspondiente al último de los Tanques entregados, exceptuando los Tanques excluidos) para liquidar el Contrato y suscribir la correspondiente acta de liquidación (el “Acta de Liquidación”). En el Acta de Liquidación quedará la constancia que la liquidación se efectúa sin perjuicio de las obligaciones de reparar Defectos durante el Período de Garantía y la obligación de garantía que está obligado a asumir el Contratista en virtud de las Leyes Aplicables sobre el particular.”

2. La aceptación final de entrega del tanque TK7313 -único que se intervino- fue el 23 de enero de 2017, según el acta de esa fecha suscrita por ambas partes⁵⁵. Sin embargo, el Tribunal llama desde ahora la atención con respecto a que para ese momento aún no habían sido excluidos por OCENSA los tanques TK7311 y TK7312.

3. La comunicación con la que OCENSA indica a TECNITANQUES que no serán objeto de ejecución los dos tanques restantes -el TK7311 y el TK7312- fue enviada el 18 de abril de 2017, es decir con posterioridad a la entrega del tanque TK7313, único tanque intervenido. Al respecto, destaca el Tribunal que entre las partes se debatió lo relativo a la fecha de envío y recepción de la comunicación de exclusión de tanques, comoquiera que el documento aparece fechado el 17 de abril de 2016, pero en él consta un sello de remisión de abril de 2017 y, según manifestaciones de la Convocante, se recibió sólo hasta el 18 de abril de 2017. Así las cosas, el Tribunal concluye que la mencionada comunicación únicamente fue puesta en conocimiento de TECNITANQUES en la última fecha mencionada, esto es, el 18 de abril de 2017.

4. Las partes no realizaron la liquidación del contrato y solamente hubo un proyecto de acta de liquidación con fecha del 13 de junio de 2017, propuesto por OCENSA, que no fue aceptado por TECNITANQUES⁵⁶.

5. TECNITANQUES no suscribió la liquidación propuesta por OCENSA.

6. No hubo ninguna circunstancia que hubiera suspendido el curso del término de caducidad, como sería la solicitud de conciliación previa al presente trámite, pues a pesar de que no es requisito de procedibilidad para las demandas arbitrales, TECNITANQUES bien hubiera podido presentarla y esto habría tenido como efecto que el cómputo del plazo legal de la caducidad se hubiese suspendido por el lapso de tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud, de conformidad con lo

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas, folio 419.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, prueba No. 95

dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001⁵⁷. No hay prueba alguna de esta circunstancia.

7. La demanda arbitral de TECNITANQUES fue presentada el 15 de mayo de 2019 y luego reformada el 14 de enero de 2020, con inclusión de nuevos hechos y pretensiones.

2.2.2. Problema jurídico

En consecuencia, el primer problema jurídico que el Tribunal debe resolver consiste, de un lado, en esclarecer si para las controversias derivadas del Contrato 3802174, celebrado entre OCENSA y TECNITANQUES para la ampliación de almacenamiento de crudo en los tanques existentes en el Terminal de Coveñas (Tanques 7311, 7312 y 7313), el cómputo del término de caducidad de dos (2) años (art.164 C.P.A.C.A) corre a partir del vencimiento del plazo pactado por las partes para la liquidación del Contrato o si a dicho cómputo debe agregarse el de los dos meses previstos en el apartado v. del art. 164 numeral 2. Literal j) del C.P.A.C.A.

De otro lado, en establecer, para el caso concreto, el momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad y determinar si para la fecha del 15 de mayo de 2019 en que fue presentada la demanda inicial, y subsidiariamente para la de la demanda reformada -14 de enero de 2020-, operó o no el fenómeno de la caducidad.

Para tal efecto, es menester precisar la naturaleza jurídica de OCENSA, la de los contratos que celebra y el régimen que los regula, al igual que las normas procesales que les son aplicables.

2.2.3. Naturaleza jurídica de OCENSA

OCENSA es una sociedad de economía mixta, constituida como sociedad anónima con aportes estatales y de particulares⁵⁸, cuyo objeto social principal es la actividad de transporte de petróleo crudo a través de oleoductos⁵⁹.

Tiene participación de capital mayoritariamente público, aspecto este que no se discute en el presente proceso, correspondiente al 72,64799%⁶⁰, y está controlada

⁵⁷ **LEY 640 DE 2001. ARTICULO 20.** *Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.*

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia. PARAGRAFO. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación.

ARTICULO 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. *La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*

⁵⁸ **Código de Comercio. Artículo 461.** *Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.*

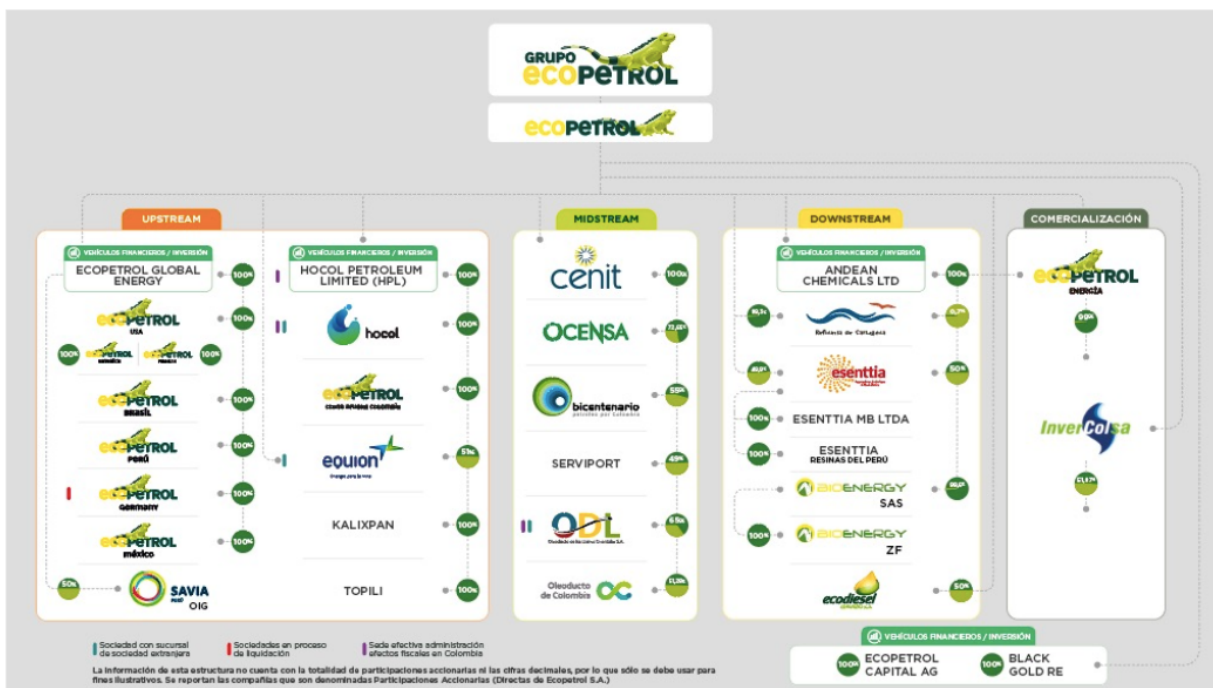
⁵⁹ Ver certificado de Cámara de Comercio (Cuaderno Principal 1, folio 48).

⁶⁰ Se puede verificar con la Escritura Pública No.7705 de 9 de julio de 2020. Notaría 26 de Bogotá. Disponible en: www.ccb.org.co – trámites y consultas – biblioteca CCB – Consulta de Expedientes Registro Mercantil y ESALES – No. Registro 02586623.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

de manera indirecta por ECOPETROL S.A., a través de CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.

La estructura de las empresas estatales controlantes de OCENSA quedó registrada por TECNITANQUES en su demanda inicial⁶¹, tomada de la información pública de la página web⁶² y corresponde a la siguiente:



De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, se denominan entidades estatales para los efectos de esta normativa, entre otras entidades, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)⁶³.

Por su parte, el artículo 104 de la ley 1437 de 2011⁶⁴ (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - C.P.A.C.A.) señala que “se

⁶¹ Cuaderno Principal 1, folio 11.

⁶² <https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/Home/es/NuestraEmpresa/grupoEcopetrolPagina/EstructuraSocietaria>

⁶³ **ARTÍCULO 20. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.** Para los solos efectos de esta ley: **1o. Se denominan entidades estatales:** a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

⁶⁴ Ley 1437 de 2011. C.P.A.C.A. Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en *la Constitución Política* y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno. 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definen conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. **PARÁGRAFO.** Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

entiende por entidad pública...las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital”.

De esta manera, por la participación accionaria estatal en el capital de OCENSA, superior al 50%, esta ostenta el carácter de entidad pública y forma parte de la estructura orgánica del Estado, conforme con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998⁶⁵.

No obstante su condición de sociedad de economía mixta con participación mayoritaria de capital público, se encuentra exceptuada del régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) por virtud del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la ley 1474 de 2011, que establece:

“Artículo 14 Ley 1150 de 2007. Modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.

*“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados**, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.” (Énfasis añadido)*

2.2.4. Régimen jurídico del Contrato

De conformidad con esta disposición, por razón de las características de la actividad comercial desarrollada por OCENSA, los contratos que celebra no están sometidos a la Ley 80 de 1993 y, en consecuencia, se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias que les son aplicables y, en lo no regulado por estas, por las normas previstas en los regímenes civil y mercantil.

Están gobernados por esa regulación en cuanto a sus efectos, interpretación, modos de extinguirse las obligaciones, causales por las cuales pueden anularse o rescindirse y, en fin, por las normas del derecho privado que, según el objeto del

⁶⁵ **Ley 489 de 1998, artículo 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.** *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.*

contrato, regulen su celebración, ejecución y terminación. Todo esto sin perjuicio de que, por su naturaleza de contratos estatales, les sean aplicables los principios generales de la actividad contractual según lo establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007⁶⁶, como son los de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

2.2.5. Naturaleza jurídica del Contrato

En cuanto a la naturaleza de los contratos que celebren las entidades públicas, el legislador acogió un criterio subjetivo, orgánico, conforme al cual son contratos estatales los que celebren las entidades que tengan ese carácter.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala en efecto que:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...).”

Conforme al criterio orgánico, son contratos estatales *“todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación o que estén sujetos a regímenes especiales”*⁶⁷. Así, pues, con independencia de su régimen jurídico y de estar exceptuados del régimen de la contratación pública, los contratos celebrados por OCENSA son contratos estatales, puesto que no es la regulación que les sea aplicable lo que determina su naturaleza⁶⁸.

Al margen del régimen sustantivo que los gobierne, a los contratos estatales les son aplicables las normas procesales del derecho administrativo que conciernen al ejercicio de la acción de controversias y litigios originados en contratos en que estén involucradas las entidades públicas, controversias de las cuales conoce la jurisdicción contencioso administrativa conforme al artículo 104 del C.P.A.C.A.⁶⁹, sin perjuicio de la competencia prevalente que en este caso ejercen los árbitros mediante la habilitación que les ha sido conferida por las partes en el pacto arbitral (cláusula 17.01 del Contrato), para dirimir el presente litigio.

⁶⁶ Ley 1150 de 2007. Artículo 13. *PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de agosto de 2013. Rad. 45191.

⁶⁸ “[L]a jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que, según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.” Sentencia de dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 27001-23-31-000-2009-00024-01(43306). C.P. Carlos Alberto Zambrano.

⁶⁹ Artículo 104 C.P.A.C.A.

2.2.6. El término de caducidad

Con fundamento en lo anterior y en cuanto aplicable a OCENSA por su naturaleza de entidad pública, el artículo 164 del C.P.A.C.A.⁷⁰ establece expresamente el término de caducidad para presentar las demandas en ejercicio de la acción de controversias contractuales derivadas de los contratos que aquellas celebren, so pena de que opere la caducidad, con el siguiente tenor:

“el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento” (num.2.lit.j.).

A partir de esta regla general, la norma precisa a continuación que en los siguientes tipos de contratos ese término de dos años se contará así:

“i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

“ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

“iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

“iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

“v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (...).”

Por lo demás, la aplicación del artículo 164 del C.P.A.C.A. a los trámites arbitrales guarda consonancia con el artículo 41 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional⁷¹ (Ley 1563 de 2012) que establece la caducidad de la acción como causal de anulación de los laudos arbitrales.

El lapso de dos meses de que trata el apartado v. del literal j) numeral 2º del artículo 164 es el que invoca TECNITANQUES en sus argumentos frente a la excepción de caducidad formulada por OCENSA, al pedir que el Tribunal interprete que ese plazo

⁷⁰ Esta norma, en lo pertinente, establece: Artículo 164 C.P.A.C.A. *“La demanda deberá ser presentada: 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa; iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta; iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe; v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (...).”*

⁷¹ **Ley 1563 de 2012. Artículo 41. Causales del recurso de anulación.** *Son causales del recurso de anulación: (...) 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. (...).*

debe añadirse al del vencimiento de la liquidación bilateral que no fue hecha por las partes.

Para analizar si resulta procedente aplicar dicho término en el presente caso, es preciso examinar delantadamente si el contrato materia de la presente controversia es de aquellos que requieren liquidación y, en tal caso, los plazos establecidos para efectuarla.

Observa al efecto el Tribunal que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, prescribe cuáles contratos son o no objeto de liquidación, bajo el siguiente tenor:

“Art. 60 Ley 80 de 1993. De su ocurrencia y contenido de la liquidación. (Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012⁷²).

*“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, **serán objeto de liquidación.***

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

*“En el acta de liquidación constarán **los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.***

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

“La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.”

A su turno, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 establece el plazo para la liquidación de los contratos sujetos a la Ley 80 de 1993, en los siguiente términos:

“Artículo 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. *La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

⁷² Publicado en el Diario Oficial No.48.308 de 10 de enero de 2012.

*“En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los **dos (2) meses siguientes**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.*

“Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.” (Énfasis añadido)

Son estas disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) las que señalan cuáles contratos de la Administración deben ser “objeto de liquidación” y establecen el plazo de dos (2) meses para que aquella ejerza, llegado el caso, la facultad de liquidarlos unilateralmente.

Recuérdese, empero, que el régimen jurídico de los contratos que celebra OCENSA es el de derecho privado y que, por disposición del artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, no están sometidos al régimen de contratación pública (Ley 80 de 1993).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido conteste en afirmar que en los contratos estatales cuyo régimen es el derecho privado y que no están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), como en el presente caso, no es procedente tener en cuenta los dos (2) meses previstos en el artículo 164, numeral 2. Literal j) apartado v. del C.P.A.C.A., puesto que dicho término alude al ejercicio de la facultad de la Administración, en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 que requieren liquidación, para hacerla unilateralmente (art. 11 Ley 1150 de 2007).

Ahora bien, las partes pueden pactar, como ocurre en el presente caso según consta en la Sección 7.013 del Contrato, que el respectivo negocio jurídico sea objeto de liquidación por mutuo acuerdo y fijar el plazo para hacerlo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y bajo las reglas de derecho privado. Esto no implica, en modo alguno, que el contrato mute su naturaleza o que se modifique el régimen que le es aplicable, para trasladarle las normas relativas a la facultad de liquidación unilateral del contrato de la cual OCENSA carece.

Es con esta perspectiva que el Consejo de Estado ha señalado de manera uniforme que, en casos como el presente, el cómputo de los dos (2) años de caducidad (art.164 num.2. lit. j) debe realizarse a partir del vencimiento convenido por las partes para la liquidación, si esta no se efectuó⁷³.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020. Radicación número: 08001-23-33-000-2019-000-22-01 (66.013). C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

“(…) En el presente caso las partes pactaron la liquidación bilateral pero esta no se realizó, de manera que, de conformidad con el artículo 164, numeral 2, literal j), apartado v), del CPACA, el conteo de la caducidad empezó a correr a partir del vencimiento que tenían los contratantes para liquidarlo - las normas de derecho privado no prevén la competencia para liquidar unilateralmente el contrato, de ahí la imposibilidad de tener en cuenta el plazo de 2 meses al que se refiere la referida norma (…)

(…)

“Adicionalmente, ha de advertirse que no es posible computar los 2 meses a los que se refiere el artículo 164 precitado -que debe contarse a partir del vencimiento del plazo convenido para liquidar el contrato bilateralmente-, porque ese lapso, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁷⁴, tiene relación con la oportunidad de la que goza la Administración para liquidar unilateralmente el negocio, facultad que no podía ejercer el Fondo de Adaptación, habida cuenta de que el contrato objeto de estudio se rige por las normas del derecho privado y aquellas no prevén esa competencia. (Énfasis añadido)

“En un caso similar, la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación sostuvo:

(…) como al contrato suscrito por el Fondo de Adaptación le aplican las reglas del derecho privado y no las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dicha entidad no contaba con la facultad para liquidarlo unilateralmente, de ahí la imposibilidad de tener en cuenta los 2 meses a los que alude la norma precitada (artículo 164, numeral 2, literal j), apartado v), del CPACA), razón por la cual, como ya se dijo y contrario a lo expuesto por la parte demandante en su recurso de apelación, en este caso el cómputo de la caducidad de los 2 años empieza a correr partir del vencimiento del plazo convenido para liquidarlo bilateralmente, en cuanto dicho acto contractual no se llevó a cabo ⁷⁵.” (Énfasis añadido)

La interpretación armónica que hace el Consejo de Estado apunta a que, respecto de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que según dicho régimen requieren liquidación (Ley 80 de 1993, art. 60), la entidad estatal debe proceder a realizarla de manera unilateral si no ha sido efectuada de común acuerdo por las partes en el término convenido por ellas para

⁷⁴ En auto del 2 de marzo de 2017, expediente No. 51.689, proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, se señaló: “Por otra parte, cuando el contrato requiere liquidación, una vez vencido el plazo de ejecución contractual se debe proceder a liquidarlo en la forma convenida en el contrato y, a falta de estipulación, el señalado por la ley, como lo preceptúa el inciso v) del literal j) del numeral 2º del artículo 164 ídem. Es decir que los contratos que requirieran de liquidación deben ser liquidados bilateralmente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y si ésta no se hace en esa oportunidad, la entidad estatal debe liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior y, una vez finalizados estos términos el interesado podrá acudir ante la jurisdicción dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de los seis (6) meses antes referidos” (se destaca). En este mismo sentido, en auto del 12 de junio de 2017, expediente No. 57.142, proferido por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, con ponencia del entonces magistrado Hernán Andrade Rincón, luego de hacer referencia al artículo 164, numeral 2, literal j), apartado v), del CPACA, se indicó: “Al revisar el acervo probatorio, encuentra la Sala que las partes establecieron un plazo de 4 meses para realizar la liquidación bilateral, término al cual es preciso añadirle el plazo legal de 2 meses para realizar la liquidación unilateral, para un total de 6 meses”.

⁷⁵ En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00265-01 (63.368), C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

tal efecto, o en el término legal de cuatro (4) meses señalado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

De esta manera, si las partes no realizan la liquidación de manera bilateral, sea en el plazo convenido contractualmente o en el legal que lo suple, la entidad estatal debe hacerlo unilateralmente en los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior (Ley 1150 de 2007 art.11). A su turno, los dos (2) años de caducidad señalados en la norma del artículo 164 (num.2 lit. j) v.) del C.P.A.C.A., se cuentan a partir del vencimiento de los dos (2) meses previstos para la liquidación unilateral del contrato, en los eventos en que sea procedente dicha clase de liquidación.

Empero, en aquellos contratos estatales que se rigen por el derecho privado y que no se encuentran sujetos al régimen de contratación administrativa, las partes pueden pactar la liquidación y fijar convencionalmente el plazo para su realización. En tales casos, el cómputo de la caducidad para presentar la demanda de controversias contractuales surge, consecuentemente, a partir del vencimiento del plazo pactado para la liquidación por mutuo acuerdo, pues ninguna otra actuación procede.

Bajo la jurisprudencia del Consejo de Estado, no resulta, entonces, conducente en estos casos tener en cuenta para el cómputo de la caducidad el lapso de dos (2) meses a que se ha hecho referencia, puesto que este corresponde al plazo legal para la liquidación unilateral a cargo de la entidad estatal, acto que las normas de derecho privado no contemplan.

En otras palabras, para los contratos que se rigen por el derecho privado y no están sometidos al régimen de la contratación pública, las partes pueden convenir que la liquidación se realice de manera bilateral y fijar el plazo y, en tal caso, el cómputo de los dos (2) años de caducidad inicia al vencimiento del término pactado, si las partes no la efectúan.

Es esta la interpretación del artículo 164 numeral 2. Literal j) apartado v. del C.P.A.C.A. sostenida por la jurisprudencia, y la que mejor se aviene a la naturaleza jurídica y al régimen de esa clase de contratos.

En tal sentido, el Consejo de Estado ha señalado⁷⁶:

“En principio, como es bien sabido, los contratos que se rigen por las normas del derecho privado no requieren del trámite de liquidación, a menos de que las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pacten la obligación de liquidarlo, tal como sucedió en este caso particular en la cláusula décima sexta del negocio jurídico, cuyo contenido se transcribirá más adelante.

Aclarado lo anterior, se tiene que el contrato objeto de debate no fue liquidado, por lo que, en atención al criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en reciente auto de unificación⁷⁷, el

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00265-01 (63.368). C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso de lo Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 1º de agosto de 2019, expediente No. 62.009, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Esto se lee en la mencionada providencia: “El

conteo de los 2 años de la caducidad debe hacerse siguiendo la regla especial prevista en el apartado v), del literal j), numeral 2, del artículo 164 del CPACA, cuyo cómputo comienza a correr a partir del vencimiento del plazo pactado para liquidarlo.⁷⁸

Y lo reitera así en otras providencias⁷⁹:

*“Lo anterior, con fundamento en que no es posible computar los 2 meses a los que se refiere la norma citada (que debe contarse a partir del vencimiento del plazo convenido para liquidar el contrato bilateralmente), porque ese lapso, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁸⁰, tiene relación con la oportunidad de la que goza la Administración para **liquidar unilateralmente** el negocio, facultad que no podía ejercer el Fondo de Adaptación, habida cuenta de que el contrato objeto de estudio se rige por las normas del derecho privado y aquellas no prevén esa competencia⁸¹.”*

Frente al caso concreto, es preciso concluir que en el contrato celebrado entre OCENSA y TECNITANQUES las partes convinieron que el contrato fuera objeto de liquidación (Cláusula 7.013) y en tal sentido se requería que esta se realizara pero solo podía serlo de manera bilateral, por común acuerdo de las partes, sin las exigencias de la ley 80 de 1993 relativas a la liquidación unilateral⁸² que no le resultaban aplicables.

Se trata de una estipulación accidental al contrato (art.1501 C.C.) por cuanto que la liquidación prevista en la Ley 80 de 1983 es extraña, en principio, a los contratos de derecho privado. Con todo, se trata de una disposición no exenta de consecuencias

apartado v) del literal j solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna”.

⁷⁸ “A lo anterior se agrega que, si bien en la cláusula décima sexta del contrato se pactó que Emcali debía liquidarlo unilateralmente dentro de los 2 meses siguientes, si las partes no llegaban a ningún acuerdo, lo cierto es que ese lapso no puede ser tenido en cuenta para efectos de computar la caducidad, porque dicho negocio se rige por las normas del derecho privado y aquellas no prevén la competencia o la facultad de ejercer la liquidación unilateral⁷⁸, aspecto que, además, Emcali reconoció en su contestación de la demanda.”

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 52001233300020180008001 (61.849), C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

⁸⁰ En auto del 2 de marzo de 2017, expediente No. 51.689, proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, se señaló: “Por otra parte, cuando el contrato requiere liquidación, una vez vencido el plazo de ejecución contractual se debe proceder a liquidarlo en la forma convenida en el contrato y, a falta de estipulación, el señalado por la ley, como lo preceptúa el inciso v) del literal j) del numeral 2º del artículo 164 *idem*. Es decir que los contratos que requirieran de liquidación deben ser liquidados bilateralmente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y si ésta no se hace en esa oportunidad, **la entidad estatal debe liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior** y, una vez finalizados estos términos el interesado podrá acudir ante la jurisdicción dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de los seis (6) meses antes referidos” (se destaca). En este mismo sentido, en auto del 12 de junio de 2017, expediente No. 57.142, proferido por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, con ponencia del entonces magistrado Hernán Andrade Rincón, luego de hacer referencia al artículo 164, numeral 2, literal j), apartado v), del CPACA, se indicó: “Al revisar el acervo probatorio, encuentra la Sala que las partes establecieron un plazo de 4 meses para realizar la liquidación bilateral, término al cual es preciso añadirle el plazo legal de 2 meses para realizar la liquidación unilateral, para un total de 6 meses”.

⁸¹ En igual sentido la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado: “En ese sentido, contrario a lo dispuesto por el Tribunal, es del caso señalar que este negocio jurídico no podía ser liquidado unilateralmente por cuanto las normas de derecho privado que lo rigen no previeron esa competencia (...) cabe reiterar que como al contrato No. 5202905 le resultaban aplicables las normas de derecho de privado, la entidad contratante no podía liquidarlo unilateralmente. En ese sentido, a pesar de que en las condiciones genéricas de la contratación y en el Manual de Contratación de Ecopetrol S.A. se encontrara prevista dicha posibilidad, ello no tiene la virtualidad de disponer sobre aquello que deviene de la Ley, específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de octubre de 2015, expediente No. 48.502, M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁸² Artículos 60 y 61.

por cuanto que el vencimiento pactado para la liquidación marca el inicio del cómputo de la caducidad en los contratos estatales, en caso de que aquella no haya sido efectuada.

De conformidad con la interpretación del Consejo de Estado del apartado v. del literal j) numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., al no haber sido liquidado el contrato como ocurre en el presente caso, el cómputo de la caducidad del medio de control de controversias contractuales irrumpe desde el vencimiento del plazo que las partes habían convenido para hacerlo.

Es esta, por lo demás, la hipótesis que encuadra en la regla general del numeral 2º literal j) del artículo 164 del C.P.A.C.A. conforme a la cual, en las controversias relativas a contratos, el término de caducidad de dos (2) años se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

2.2.7. La situación concreta

Ahora bien, para determinar con la precisión necesaria la fecha de vencimiento del plazo pactado para la liquidación, momento a partir del cual debe iniciar el conteo del término de caducidad, se procede a examinar la referida disposición contractual, la cual, según ya se ha señalado, es del siguiente tenor:

“7.013. Etapa de Liquidación. Las partes dispondrán de un término de 90 Días contados a partir de la suscripción del Acta de Aceptación Final de la totalidad de los Tanques (es decir el Acta de Aceptación Final correspondiente al último de los Tanques entregados, exceptuando los Tanques excluidos) para liquidar el Contrato y suscribir la correspondiente acta de liquidación (el “Acta de Liquidación”). En el Acta de Liquidación quedará la constancia que la liquidación se efectúa sin perjuicio de las obligaciones de reparar Defectos durante el Período de Garantía y la obligación de garantía que está obligado a asumir el Contratista en virtud de las Leyes Aplicables sobre el particular.”

De acuerdo con esta cláusula, la liquidación del Contrato debía hacerse dentro de los 90 días contados a partir del acta de aceptación final de “la totalidad de los tanques”, y a continuación precisa que se trata del acta de aceptación final correspondiente al “último” de los tanques entregados. Según se ha discutido a lo largo del trámite arbitral, de los tres tanques previstos inicialmente para su ejecución, solo uno fue objeto de intervención por parte de TECNITANQUES (Tanque TK7313). Los dos restantes fueron excluidos por OCENSA.

Al margen de si la exclusión de los tanques TK7311 y TK7312 es o no el resultado de un ejercicio ilegítimo o abusivo de OCENSA, lo cual es materia del debate de fondo de la presente controversia, observa el Tribunal que para el **23 de enero de 2017**, fecha de suscripción del acta de finalización del tanque TK7313, aún no se encontraban excluidos de ejecución los tanques TK7311 y TK7312.

La comunicación con la cual le informa a TECNITANQUES su decisión de excluir estos dos tanques, la envía OCENSA el 18 de abril de 2017.

De esta manera, es claro que para la fecha en que fue entregado el único tanque objeto de ampliación (TK7313) aún estaban pendientes de ejecución los restantes (TK7312 y TK7311) y que, por consiguiente, para ese momento el 7313 era el primero de los tanques -no el último- sobre el cual se formalizaba su entrega.

La estipulación del Contrato (Sección 7.013) es clara en afirmar que procede la liquidación dentro de los 90 días siguientes a la aceptación del último de los tanques cuya ejecución estuviera vigente, de ahí la locución “*exceptuando los tanques excluidos*”. Y es esa también la teleología de esa norma contractual, según la cual la liquidación del contrato solo podría proceder una vez finiquitada la intervención de la totalidad de los tanques previstos en el contrato y aceptada por OCENSA.

Ahora bien, si la ejecución de los tanques TK7311 y TK7312 no se produjo debido a la exclusión de que fueron objeto, es entonces a partir de esa circunstancia que debe entenderse cumplido el requisito al cual estaba sujeto el plazo para la liquidación. Hacerlo a partir de la entrega del primero de los tanques implicaría darlo por cumplido anticipadamente.

Este fue, por lo demás, el entendimiento de las partes. Así se constata en la comunicación enviada por OCENSA el 18 de abril de 2017, por medio de la cual esta dice notificar a TECNITANQUES la decisión de excluir del alcance del Contrato los tanques mencionados (TK7311 y TK7312) y en la que expresa: “*agradecemos su compromiso y trabajo en la ejecución del tanque 7313, para la cual procederemos a recibir la respectiva obra e **iniciar con la etapa de liquidación del contrato***”⁸³ (énfasis añadido).

Esta afirmación no podía referirse específicamente al recibo del tanque TK7313, porque de este ya había sido suscrita el acta de entrega con anterioridad, en enero 23 de 2017. Solo puede interpretarse en el sentido de que, a partir de la exclusión de los tanques TK7311 y TK7312, restaba únicamente hacer la liquidación del contrato, bajo el entendido de que con la entrega del TK7313 se tendría por ejecutada en su totalidad la respectiva obra.

El término de 90 días para liquidar el contrato habría corrido, por consiguiente, desde el 18 de abril hasta el 18 de julio de 2017, circunstancia que queda corroborada con el proyecto de liquidación que OCENSA propuso a TECNITANQUES el 13 de junio de 2017, esto es, dentro del plazo previsto.

En ningún caso TECNITANQUES adujo que ese proyecto fuera extemporáneo. Si se opuso a él y dejó de suscribirlo fue porque, en su concepto, OCENSA había omitido incluir el pago de los Hitos de prefabricados a los que dice tener derecho.

El comportamiento contractual de las partes reafirma, pues, su entendimiento acerca de que el plazo para hacer por mutuo acuerdo la liquidación del Contrato habría iniciado el 18 de abril de 2017, a partir de la exclusión de los tanques TK7311 y TK7312, y por consiguiente habría vencido el 18 de julio del mismo año.

A su vez, conforme ha quedado expuesto con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el término de dos años para presentar la demanda habría

⁸³ Cuaderno de Pruebas, folio 420.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

iniciado a partir del vencimiento del plazo pactado para la liquidación -18 de julio de 2017- sin que esta se hubiese efectuado y de esta manera la caducidad habría operado desde **el 19 de julio de 2019**.

Significa lo anterior que para el momento en que fue radicada inicialmente la demanda arbitral de TECNITANQUES, el 15 de mayo de 2019, no se encontraba vencido el plazo de caducidad, por lo que se entiende presentada oportunamente.

No obstante, la parte Convocada pide al Tribunal advertir que, en todo caso, la caducidad habría operado respecto de las pretensiones nuevas planteadas con la reforma de la demanda que TECNITANQUES presentó el 14 de enero de 2020.

Para resolver este aspecto del litigio se procede a examinar si con la reforma de la demanda fueron introducidas por la Convocante nuevas pretensiones y, en caso afirmativo, si respecto de tales solicitudes ha operado el fenómeno de la caducidad que haría que el Tribunal no deba pronunciarse sobre ellas.

Para despejar la primera de tales cuestiones, el Tribunal hace el cotejo entre las pretensiones formuladas por TECNITANQUES en la demanda inicial y las incorporadas en el texto de reforma de la demanda y encuentra que algunas de ellas son idénticas conceptualmente y solo difieren en cuanto a la suma pretendida y que, en efecto, hay nuevas pretensiones planteadas en la demanda reformada, no contempladas en la demanda inicial:

PRETENSIONES DEMANDA INICIAL	PRETENSIONES REFORMA DEMANDA
Primera. <i>Que se declare que entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitanques Ingenieros S.A.S. se suscribió el Contrato 3802174 ‘Para la ingeniería, gestión de compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad de almacenamiento de crudo, en el terminal de Coveñas de Ocesa’, y que dicho contrato es válido y eficaz.</i>	Primera. <i>Que se declare que entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitanques Ingenieros S.A.S. se suscribió el Contrato 3802174 ‘Para la ingeniería, gestión de compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad de almacenamiento de crudo, en el terminal de Coveñas de Ocesa’, y que dicho contrato es válido y eficaz.</i>
Segunda. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberse sustraído injustificadamente de su obligación de poner a disposición de Tecnitanques Ingenieros S.A.S., los tanques TK7311 y TK7312 para que fueran intervenidos en ejecución del contrato.</i>	Segunda. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberse sustraído injustificadamente de su obligación de poner a disposición de Tecnitanques Ingenieros S.A.S., los tanques TK7311 y TK7312 para que fueran intervenidos en ejecución del contrato.</i>
Tercera. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques 7311 y 7312, invocando para ello una facultad contractual inaplicable.</i>	Tercera. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques 7311 y 7312, invocando para ello una facultad contractual inaplicable.</i>
Primera subsidiaria de la Tercera. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de forma inoportuna y, por tanto, ineficaz.</i>	Primera subsidiaria de la Tercera. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de forma inoportuna y, por tanto, ineficaz.</i>
Segunda subsidiaria de la Tercera. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido</i>	Segunda subsidiaria de la Tercera. <i>Que se declare que el contrato fue incumplido</i>

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

<p>por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de forma excesiva, porque solo se podía excluir un tanque.</p>	<p>por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de forma excesiva, porque solo se podía excluir un tanque.</p>
<p>Tercera subsidiaria de la Tercera. Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de mala fe.</p>	<p>Tercera subsidiaria de la Tercera. Que se declare que el contrato fue incumplido por Oleoducto Central S.A., por haberlo terminado de facto a través de la exclusión indebida de los tanques TK7311 y TK7312, invocando para ello una facultad contractual ejercida de mala fe.</p>
<p>Cuarta. Que se declare que el incumplimiento de Oleoducto Central S.A. de las obligaciones a su cargo, causó a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. el perjuicio cierto consistente en el lucro cesante por la utilidad dejada de percibir por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los tanques TK7311 y TK7312, que se estima en \$448.950.000 por cada tanque.</p>	<p>Cuarta. Que se declare que el incumplimiento de Oleoducto Central S.A. de las obligaciones a su cargo, causó a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. el perjuicio cierto consistente en el lucro cesante por la utilidad dejada de percibir por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los tanques TK7311 y TK7312, que se estima en \$502.000.001,19 por cada tanque.</p>
<p>Quinta. Que, en consecuencia, se declare que Oleoducto Central S.A. es responsable del perjuicio anterior.</p>	<p>Quinta. Que, en consecuencia, se declare que Oleoducto Central S.A. es responsable del perjuicio anterior.</p>
<p>Sexta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitantes Ingenieros S.A.S., la suma de \$897.900.000, que corresponden a lo que habría recibido esta sociedad por concepto de utilidad por la ejecución total del contrato, previo descuento de lo recibido antes por el mismo concepto.</p>	<p>Sexta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitantes Ingenieros S.A.S., la suma de \$1.004'000.002,38, que corresponden a lo que habría recibido esta sociedad por concepto de utilidad por la ejecución total del contrato, previo descuento de lo recibido antes por el mismo concepto.</p>
<p>Subsidiaria de la Cuarta. Que se declare que el incumplimiento de Oleoducto Central S.A. de las obligaciones a su cargo causó a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. el perjuicio cierto consistente en la pérdida de oportunidad de percibir la utilidad por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los tanques TK7311 y TK7312, que se estima en \$448.950.000 por cada tanque.</p>	<p>Subsidiaria de la Cuarta. Que se declare que el incumplimiento de Oleoducto Central S.A. de las obligaciones a su cargo causó a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. el perjuicio cierto consistente en la pérdida de oportunidad de percibir la utilidad por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los tanques TK7311 y TK7312, que se estima en \$502.000.001,19 por cada tanque.</p>
<p>Primera consecencial de la Subsidiaria de la Cuarta. Que se declare que Oleoducto Central S.A. es responsable del perjuicio anterior.</p>	<p>Primera consecencial de la Subsidiaria de la Cuarta. Que se declare que Oleoducto Central S.A. es responsable del perjuicio anterior.</p>
<p>Segunda consecencial de la Subsidiaria de la Cuarta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. \$897.900.000, que corresponden a lo que habría recibido esta sociedad por concepto de utilidad por la ejecución total del contrato, previo descuento de lo recibido antes por el mismo concepto.</p>	<p>Segunda consecencial de la Subsidiaria de la Cuarta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. \$1.004'000.002,38, que corresponden a lo que habría recibido esta sociedad por concepto de utilidad por la ejecución total del contrato, previo descuento de lo recibido antes por el mismo concepto.</p>
<p>Séptima. Que se declare que el término establecido en el Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitantes</p>	<p>Séptima. Que se declare que el término establecido en el Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitantes</p>

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

<i>Ingenieros S.A.S., para realizar la liquidación bilateral del mismo, era de noventa (90) días y que expiró sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre el particular.</i>	<i>Ingenieros S.A.S., para realizar la liquidación bilateral del mismo, era de noventa (90) días y que expiró sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre el particular.</i>
Octava. <i>Que se declare que Oleoducto Central S.A. incumplió la Cláusula VII, Sección 7.013, del Contrato n° 3802174, en relación con la liquidación del contrato dentro de los noventa (90) días contados a partir del momento en que se evidenció el incumplimiento de su parte.</i>	Octava. <i>Que se declare que Oleoducto Central S.A. incumplió la Cláusula VII, Sección 7.013, del Contrato n° 3802174, en relación con la liquidación del contrato dentro de los noventa (90) días contados a partir del momento en que se evidenció el incumplimiento de su parte.</i>
Novena. <i>Que se declare que la liquidación del contrato es un aspecto comprendido dentro del pacto arbitral, contenido en la Cláusula VII, Sección 7.013 del Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitanques Ingenieros S.A.S.</i>	Novena. <i>Que se declare que la liquidación del contrato es un aspecto comprendido dentro del pacto arbitral, contenido en la Cláusula VII, Sección 7.013 del Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitanques Ingenieros S.A.S.</i>
Décima. <i>Que, en consecuencia, se liquide el contrato.</i>	Décima. <i>Que, en consecuencia, se liquide el contrato.</i>
Décima primera. <i>Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., el hito de prefabricación de los Tanques TK7311 y TK7312, de acuerdo con el Anexo 5.03 del Contrato 3802174.</i>	Décima primera. <i>Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., el hito de prefabricación de los Tanques TK7311 y TK7312, de acuerdo con el Anexo 5.03 del Contrato 3802174.</i>
Décima segunda. <i>Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de \$10.604'560.504, correspondiente al hito contra la entrega de la prefabricación, fase de construcción y montaje, por el "40% del valor de la suma global fija de construcción sin incluir el valor del soporte técnico".</i>	Décima segunda. <i>Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de \$10.680'307.366, correspondiente al hito contra la entrega de la prefabricación, fase de construcción y montaje, por el "40% del valor de la suma global fija de construcción sin incluir el valor del soporte técnico".</i>
Décima tercera. <i>Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar el hito de prefabricación en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.</i>	Décima tercera. <i>Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar el hito de prefabricación en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.</i>
Subsidiaria de la Décima primera. <i>Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. lo correspondiente a los prefabricados, según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios, que se estima en \$4.692.577.569.</i>	Subsidiaria de la Décima primera. <i>Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. lo correspondiente a los prefabricados, según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios, que se estima en \$4.342.741.452.</i>
Primera consecucional de la Subsidiaria de la Décima primera. <i>Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de \$4.692.577.569, correspondiente a los prefabricados, según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios.</i>	Primera consecucional de la Subsidiaria de la Décima primera. <i>Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de \$4.342.741.452, correspondiente a los prefabricados, según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios.</i>
Segunda consecucional de la Subsidiaria de la Décima primera. <i>Que en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar los valores a precios unitarios en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.</i>	Segunda consecucional de la Subsidiaria de la Décima primera. <i>Que en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar los valores a precios unitarios en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.</i>

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

Décima cuarta. Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a restituir a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. la totalidad del dinero retenido en garantía, que se estima en \$1.155.102.610 , según la siguiente relación: (se incorpora una tabla con la relación de los valores)	
Décima quinta. Que se ordene la actualización de cada suma retenida, según la fecha en que operó la retención, al valor presente a la fecha de pago efectivo, mediante la aplicación del porcentaje de variación del índice de precios al consumidor acumulado.	
Décima sexta. Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de restituir el dinero retenido en garantía indexado en la liquidación del contrato, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.	
	<u>Décima cuarta. Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S. el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174.</u>
	<u>Décima quinta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., la suma de \$303.483.832, correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174.</u>
	<u>Décima sexta. Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.</u>
Décima séptima. Que de condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., todos los gastos, expensas, honorarios de abogados y peritos, y costas procesales y agencias en derecho que se causen con ocasión de la convocatoria y trámite de este arbitraje.	Décima séptima. Que de condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitanques Ingenieros S.A.S., todos los gastos, expensas, honorarios de abogados y peritos, y costas procesales y agencias en derecho que se causen con ocasión de la convocatoria y trámite de este arbitraje”.

Como se observa, con la reforma de la demanda se sustituyeron las pretensiones Décima cuarta, Décima quinta y Décima sexta planteadas en la demanda inicial, relativas a la restitución a TECNITANQUES de los dineros retenidos en garantía, la actualización de tales sumas y su incorporación en la liquidación del Contrato como prestación a cargo de OCENSA. Las nuevas pretensiones Décima cuarta, Décima quinta y Décima sexta (14º, 15º y 16º), hacen alusión a conceptos totalmente diferentes, relativos a los valores por los pagos correspondientes a reajustes salariales del personal administrativo, que TECNITANQUES pide declarar a cargo de la Convocada.

El Tribunal pasa en seguida a dilucidar si procede pronunciarse sobre dichas pretensiones (14º, 15º y 16º) elevadas con la reforma de la demanda o si respecto de ellas ha operado la caducidad.

Sobre este tema en particular, el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia de la Sección Tercera mediante auto del 25 de mayo de 2016⁸⁴ para encontrar viable que la caducidad pueda configurarse “respecto de algunas pretensiones mientras que de otras no”, sin perjuicio de que “los conflictos que surjan en la sociedad encuentren un punto de cierre en beneficio de la seguridad jurídica”.

Manifestó el Consejo de Estado en ese pronunciamiento:

“[L]a jurisprudencia de esta Sección se unifica en el sentido de que toda pretensión debe efectuarse dentro del término en que se puede ejercer el derecho de acceder a la administración de justicia, período que sólo puede ser suspendido pero no interrumpido, de tal forma que su contabilización continua hasta su culminación sin que sea relevante que con anterioridad a su vencimiento se presente en forma oportuna peticiones en ejercicio del derecho de acción señalado, por lo que se impone que se verifique la caducidad de toda nueva pretensión sin perjuicio de que ésta se formule al comenzar un proceso, o durante su trámite vía reformulación del libelo introductorio (...)

“[L]a presentación de ciertas pretensiones no interrumpe el término de caducidad objetivamente establecido que se computa hasta su finalización, de manera que el hecho de que un demandante manifieste ciertas solicitudes en tiempo no lo posibilita a que posteriormente, cuando caduque su derecho de acción, manifieste otras peticiones sobre las cuales guardó silencio durante el interregno en el que ese derecho le estaba habilitado, de lo que se sigue que el requisito de caducidad de la acción deba verificarse tanto al momento de presentación de la demanda como al instante en el que la misma se adicione, sin importar que se intenten agregar nuevos demandantes, demandados u objetos de discusión.”

Y en relación con el término de caducidad, expresó:

“[S]in perjuicio de que sea viable que el fenómeno de la caducidad de la acción se configure respecto de algunas pretensiones mientras que de otras no, a pesar de que sean elevadas por el mismo sujeto, no implica que el término para su invocación sea distinto o diferente, sino que se trata de un único lapso en el que se puede accionar y manifestar las solicitudes que se deseen conforme a la fuente de interés correspondiente y al tiempo fijado por la ley según el medio de control que se deba emplear, y esa aplicación diferencial de la caducidad de la acción no responde a la existencia de múltiples términos de la caducidad de la acción para la presentación del mismo tipo de pretensiones, sino que depende del momento en el que se intente utilizar el derecho de acceso a la administración de justicia para su formulación.”

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de unificación del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00056-01(40077). C.P. Danilo Rojas

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

En el trámite arbitral el demandante puede reformar la demanda y reformular sus pretensiones en los términos del artículo 22 de la Ley 1563 de 2012⁸⁵, como en efecto lo hizo TECNITANQUES en el asunto que es objeto de estudio por el Tribunal, pero debe hacerlo dentro del plazo de caducidad para que se encuentren satisfechos los presupuestos procesales para el ejercicio de su acción.

De esta manera, igual que para la demanda inicial, el Tribunal debe verificar si se ha configurado o no la caducidad, en función de la fecha en que se radicó la demanda modificada.

En el caso concreto, la demanda fue impetrada inicialmente el 15 de mayo de 2019, mientras que la demanda reformada fue presentada el 14 de enero de 2020, fecha esta última para la cual ya habían transcurrido más de dos (2) años desde el vencimiento del término pactado para la liquidación del Contrato, esto es, desde el 18 de julio de 2017.

Lo anterior implica que si bien el derecho de acción fue ejercido oportunamente por TECNITANQUES con la demanda inicial, no lo fue para la reforma de la demanda, en particular respecto de las solicitudes diferentes de aquellas planteadas inicialmente.

El criterio unificado del Consejo de Estado indica que frente a peticiones diferentes de las manifestadas al comienzo del litigio, no debe haberse configurado el fenómeno de la caducidad, bajo pena de rechazarlas al momento de su interposición o de denegar su procedencia al proferir el fallo⁸⁶.

Esta providencia vino a zanjar la divergencia de criterios que se presentaba en la jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con la configuración de la caducidad respecto de la adición de nuevas solicitudes mediante la corrección, adición o reforma de la demanda.

Se sostuvo, en ocasiones, que quien diera inicio al proceso mediante una demanda presentada dentro del plazo de caducidad, podría después reformar la demanda agregando peticiones distintas, sin tener en cuenta el plazo para hacerlo judicialmente⁸⁷. En otras oportunidades se señaló que la caducidad debía verificarse para la nueva solicitud, sin importar que el demandante hubiera formulado otras peticiones con anterioridad.

Esto implicó esclarecer si quien formula en tiempo la demanda “interrumpe” con ello el término de caducidad y puede entonces agregar pretensiones que no formuló oportunamente.

⁸⁵ **Ley 1563 de 2012. Artículo 22. Reforma de la demanda.** *Notificado el demandado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en esta ley.*

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 27144, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13182, C.P. María Elena Giraldo Gómez; auto del 1 de febrero de 1996, exp. 11284, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; Sección Primera, sentencia del 21 de noviembre de 2003, exp. 1999-00853-01 (9043), C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; Sección Quinta sentencia del 8 de octubre de 2008, exp. 2007-00236-01, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de agosto de 2005, exp. 05001-23-31-000-2003-00122-01(29956), actor: Dora María Cardona Chica, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

El Tribunal acoge los criterios expuestos en el fallo de unificación mencionado (25 de mayo de 2016) en relación con el derecho de acción y las pretensiones que se concretan mediante su ejercicio.

Como se reseña en la providencia aludida, la doctrina ha referido que

“la acción es un derecho único, independiente, público, subjetivo, individual y abstracto que tienen todas las personas naturales o jurídicas y demás ficciones habilitadas por la ley para acudir al Estado⁸⁸, con el objeto de que éste, en el despliegue de su función pública de administrar justicia⁸⁹, inicie un proceso jurisdiccional que viabilice la obtención de una sentencia, en realización de varios fines estatales entre los que cabe resaltar la efectividad de los principios, los derechos y los deberes establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección al interés público, y la garantía de la convivencia pacífica y un orden justo⁹⁰, de tal forma que el derecho en comento se garantiza con la mera iniciación y desarrollo del proceso judicial correspondiente.

“(…) Se distingue del derecho material subjetivo y de la pretensión que se busca satisfacer y que aparece en las peticiones de la demanda. Pertenece a toda persona material o jurídica, por el sólo hecho de querer recurrir a la jurisdicción del Estado, pues existe siempre un interés público que le sirve de causa y fin, como derecho abstracto que es.”⁹¹

En la jurisprudencia de esa Corporación, el derecho de acción se ha equiparado con el derecho de acceso a la administración de justicia contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política⁹², garantía esencial a todos los administrados mediante

⁸⁸ “Teorías abstractas de la acción.//La característica principal de estas teorías reside en concebir a la acción como totalmente independiente del derecho material y dirigida a obtener una sentencia, sin tener en cuenta la decisión que en ella se tome. En consecuencia, toda persona está facultada para ejercer la acción, sin considerar a que sea el titular del derecho material reclamado.//Lo anterior implica que, en el supuesto de que la sentencia sea desfavorable al demandante, bien por falta del derecho material o, inclusive, porque a pesar de tenerlo, no se pudo demostrar, la acción se habrá ejercido en su totalidad. (...) Esta escuela abstracta, que hoy en día cuenta con el mayor número de seguidores, tiene varias tendencias. Vale citar como principales representantes a FRANCESCO CARNELUTTI, UGO ROCCO, COUTURE, LIEBMANN, etc. Entre nosotros, su principal sustentados ha sido HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, seguido por los nuevos procesalistas, HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO y MARCO GERARDO MONROY CABRA”. Jaime Azula Camacho. “Curso de Teoría General del Proceso”, Editorial Librería Jurídica Wilches, Bogotá D.C., Colombia, 1986, p. 125, 132. Con el objeto de ahondar sobre el desarrollo del concepto de acción, consultar: Hernando Devis Echandía. “Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso”, editorial ABC, Bogotá D.C., Colombia, 1972 y “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”, editorial Aguilar, Madrid, España, 1966. Jaime Azula Camacho. “Curso de Teoría General del Proceso”, Editorial Librería Jurídica Wilches, Bogotá D.C., Colombia, 1986.”

⁸⁹ Artículo 228 de la Constitución Política: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

⁹⁰ En Colombia, los fines del Estado son mencionados a rasgos generales en el artículo 2 de la Constitución Política: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. //Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

⁹¹ Hernando Devis Echandía. “Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso”, editorial ABC, Bogotá D.C., Colombia, 1972, p. 158-161.

⁹² “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de Justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)

la cual todo sujeto de derechos puede activar la jurisdicción del Estado para obtener una decisión⁹³.

A su turno, se ha precisado que la pretensión es el reclamo concreto que se plantea en ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, para que se reconozcan efectos jurídicos en interés de quien lo formula y obtener así una decisión que será favorable siempre que sea fundado y le asista el derecho material para lograrlo⁹⁴.

De esta manera, a diferencia del derecho de acción o del acceso a la administración de justicia, la pretensión se encamina a obtener que se profiera la decisión judicial en un determinado sentido, con un contenido específico, mientras que aquél de acceder a la administración de justicia es un derecho abstracto que se dirige al Estado para obtener un pronunciamiento judicial a través de un proceso.

Es a partir de esta diferencia entre el derecho de acción y la pretensión que se ha abandonado la alusión a distintas clases de acciones, porque en realidad se trata de un derecho único de acceder a la administración de justicia, y se hace referencia, en cambio, a los medios de control que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, *“en tanto se utilizan para vigilar la actividad del Estado”*⁹⁵.

Las pretensiones, por el contrario, son múltiples y corresponden a los derechos cuyo reconocimiento pretende el demandante.

Sobre este punto se ha señalado:

“Como dijimos al estudiar la clasificación de las acciones (...), es frecuente utilizar indebidamente este término para identificar el derecho material que se quiere proteger, seguido a veces del nombre de ese derecho o de calificativos que en el derecho material tienen un significado propio (...) o para distinguir la naturaleza de ese derecho material (...). Pues bien: en todos estos casos se trata de la clasificación de las pretensiones. Siempre que se usa el término acción en un sentido material y no procesal, se hace referencia

⁹³ “Sobre la diáfana semejanza que existe entre el concepto de derecho de acción desarrollado por la doctrina procesal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, así como su verdadero alcance en el sentido en que éste no se garantiza con mera solicitud ante la jurisdicción del Estado, sino que se requiere la efectiva tutela de los derechos de las personas que habitan en Colombia, consultar: Corte Constitucional, sentencia T del 21 de enero de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.” Citado en el auto del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 25 de mayo de 2016. Exp. 40077.

⁹⁴ “Es la pretensión según Carnelutti, la subordinación de un interés ajeno a uno propio, o sea, cuando de dos o más personas que se inclinan hacia un bien y por el mismo aspecto, una exige que la otra u otras subordinen su interés al suyo; vale decir, que le reconozcan su prevalencia sobre el de aquellas. Guasp dice que la pretensión es una petición fundamentada, dirigida al órgano judicial frente a una persona sobre un bien concreto de cualquier clase. Más concretamente, es el efecto jurídico sustancial que el demandante persigue con el proceso y al cual se quiere vincular al demandado, que es lo que constituye su objeto. Su causa es la razón por la cual se pide lo reclamado. (...) La Corte define pretensión como “la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una situación jurídica y obligue a observar determinada conducta jurídica” (xcv. 305). La pretensión es distinta del derecho subjetivo establecido o reconocido por las normas jurídicas, no obstante que en él se funde o constituya su fundamento. Por eso puede o no estar respaldada por un derecho o por la norma sustancial señalada por el actor, por lo cual puede existir pretensión fundada o infundada. Y obviamente difiere de la acción, pues ésta es un derecho y la pretensión una declaración de voluntad con carácter petitorio; la primera sólo requiere capacidad procesal en quien la ejercita, la segunda fundamentación, legitimación en causa e interés; la acción se dirige al Estado, la pretensión contra el demandado”. Hernando Morales Molina. “Curso de Derecho Procesal Civil”, Editorial ABC, XI Edición, Bogotá D.C., Colombia, 1991, p. 143, 144. Consultar también: Jaime Azula Camacho. “Curso de Teoría General del Proceso”, Editorial Librería Jurídica Wilches, Bogotá D.C., Colombia, 1986, p. 338, 339. Citado en el auto del Consejo de Estado, Sección Tercera de 25 de mayo de 2016 Exp.40077

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 25 de mayo de 2016. Exp.40077.

a la pretensión que en la demanda se contiene, como en el número citado lo explicamos⁹⁶.”

Por su parte, respecto de la caducidad la Corte Constitucional ha destacado:

“[L]a figura procesal de la caducidad ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez en cualquier caso, oficiosamente. En ambos eventos, prescripción o caducidad, los plazos son absolutamente inmodificables por las partes, salvo interrupción legal, sea para ampliarlos o restringirlos.⁹⁷”

“La caducidad determina la acción, no determina el derecho público a ella o de acceso a la jurisdicción como parece entender el criterio inmediatamente anterior de la Sala, porque es claro que el ordenamiento jurídico reconoce y patrocina el derecho público de acción que tienen los sujetos, esto es, de acudir a la jurisdicción, pero es diferente que ante la necesidad e interés colectivo superior de certeza en las relaciones jurídicas, deba ella ejercerse en las oportunidades y mediante las formas de actuación para reclamar en juicio, previstas de manera objetiva, impersonal, general y en condiciones de igualdad para todos los administrados (...)

⁹⁶ Hernando Devis Echandía. “Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso”, editorial ABC, Bogotá D.C., Colombia, 1972, p. 166, 167, 194. En el mismo sentido, se ha señalado: “Debido al carácter unitario que tiene el derecho de acción, no es posible hacer ninguna clasificación de (sic) mismo, porque ese derecho personalísimo no es susceptible de ninguna división, ni siquiera con fines didácticos. Es por ello por lo que resulta totalmente equivocado insistir en hablar de diferentes clases de acciones, por lo que fundamenta esas clasificaciones son las pretensiones y el proceso”. Hernán Fabio López Blanco. “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Parte General”, Dupre Editores, Colombia, Bogotá, 2009, p. 281.

“Se debe tener en cuenta que las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo incurrieron en ese error, comoquiera que en su título XI denominado medios de control, se contempló la existencia de múltiples y distintas “acciones” que se debían ejercer para obtener el correspondiente juzgamiento del Estado, las que a todas luces corresponden más a una clasificación de las pretensiones que se pueden someter a conocimiento del juez de lo contencioso administrativo de conformidad con su naturaleza y a través del medio de control adecuado, que a una plausible tipología del derecho de acceso a la administración de justicia que, como ya se advirtió, no puede ser dividido y por consiguiente, tampoco catalogado. Conviene señalar que las aducidas imprecisiones que posibilitaban la confusión entre el derecho de acción y la pretensión, fueron enmendadas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como expresamente se reconoció en los antecedentes de la última normativa en comento. Al respecto consultar: Juan Carlos Garzón Martínez. “El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema escrito-Sistema oral. Debates Procesales (Ley 1437 del 18 de enero de 2011)”, Editorial Doctrina y Ley Ltda., Colombia, Bogotá, 2014, p. 231, 232. Consuelo Sarria Olcos. “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Comentado y Concordado”, editor José Luis Benavides, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 30.”

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de julio de 2004, M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes y sentencia C-227 del 30 de marzo de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Citada en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2006, exp. 25000-23-26-000-1994- 00044-01(13750), C.P. Ruth Stella Corra Palacio. Igualmente, esa Corporación ha señalado: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia. La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general”. Corte Constitucional, sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“Dicho lo anterior, es necesario precisar que la caducidad no se refiere, en rigor, al derecho único, abstracto, de acceder a la administración de justicia sino a la imposibilidad de ejercerlo respecto de pretensiones específicas, para las cuales ya haya transcurrido el lapso previsto para solicitarlas”⁹⁸.

Así las cosas, visto que el derecho de acción para que el interesado formule sus pretensiones solo puede ser ejercido durante un lapso determinado so pena de que opere la caducidad, no puede admitirse que haya aspectos que, no habiendo sido formulados en ese término, para los cuales ya se ha hecho imposible utilizar tal derecho, puedan elevarse posteriormente ante la jurisdicción. La caducidad implica la culminación del plazo objetivo que tiene el interesado para accionar. Una vez vencido, ya no tendría la oportunidad procesal para formular nuevas peticiones.

En criterio del Consejo de Estado, la caducidad es el *“límite temporal del derecho de acción que inhibe su uso para elevar pretensiones una vez finalizado el tiempo objetivo establecido por la ley para ello.”*⁹⁹

De otro lado, el hecho de haber presentado la demanda y haber formulado en tiempo ciertas pretensiones, no tiene la virtualidad de interrumpir el término de caducidad para acceder a la administración de justicia en procura de peticiones que no fueron solicitadas oportunamente.

De esta manera, si bien el demandante puede reformar la demanda aun vencido el término de caducidad, lo que le está vedado es ejercer ese derecho para plantear nuevas solicitudes. No es posible hacerlo bajo ningún mecanismo, ya sea mediante una nueva demanda o con su reforma.

En palabras del Consejo de Estado, *“no hay una diferencia entre el individuo que no demandó en ningún momento y el sujeto que sí lo hizo, pero que sólo expuso parcialmente las peticiones que estaba legitimado para elevar, puesto que a los dos les habría fenecido la oportunidad objetiva que tenían para accionar y por consiguiente, para formular ante la justicia las solicitudes que desearan en ejercicio de ese derecho”*¹⁰⁰.

De admitirse lo contrario, se dejaría permanentemente vigente la posibilidad de plantear nuevos litigios más allá del límite temporal de la caducidad, con lo cual se vulneraría la seguridad jurídica que con tal instituto se garantiza y se incurriría en infracción de una norma de orden público, tornándola nugatoria.

Bajo esta perspectiva, el demandante debe elevar en tiempo todas las pretensiones, sea en el libelo original o en su reforma, antes de que se agote el plazo de caducidad. En modo alguno se entiende interrumpido el plazo para acceder a la administración de justicia en procura de nuevas peticiones, por haber precedido la formulación oportuna de algunas de ellas.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2006, exp. 25000-23-26-000-1994- 00044-01(13750), actor: Germán Palomares de Francisco y otros, C.P. Ruth Stella Corra Palacio

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 25 de mayo de 2016. Exp.40077. C.P. Danilo Rojas

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2017 (35.770), C.P. Stella Conto Díaz.

Es por lo anterior que la verificación que debe hacer el juez acerca del transcurso del plazo de caducidad, no solo debe corresponder al de la demanda que dé inicio al proceso, sino también al del momento en que se adicionen nuevas pretensiones, para determinar si está legítimamente ejercido el derecho de acción respecto de estas últimas.

Ahora bien, si solo se trata de una alteración no sustancial de las peticiones que se elevaron oportunamente con la demanda introductoria del proceso, tal verificación no puede llevar al extremo de negarles eficacia en tanto tengan identidad conceptual con las que fueron oportunamente formuladas.

La modificación de la cuantía, por vía de ejemplo, no alteraría la *causa petendi* al punto de considerar que convierte a las peticiones originales en unas completamente distintas, como tampoco lo sería en función de “*meros cambios relacionados con los hechos o las pruebas que se hubiesen expresado*”¹⁰¹.

Por otro lado, la circunstancia de encontrar que la caducidad no se habría producido respecto de las peticiones oportunamente planteadas y que sí opere respecto de las elevadas por fuera de ese término, no significa que existan distintos plazos de caducidad para el mismo proceso puesto que, una vez que ha irrumpido desde el hecho que la origina, el plazo de caducidad cursa sin interrupción hasta su vencimiento.

Lo que el operador judicial debe determinar es si, como ya se ha expresado, la facultad de acceder a la administración de justicia, sea ante la jurisdicción administrativa o, como en este caso, ante la arbitral, el interesado la está ejerciendo para plantear nuevas solicitudes estando ya cumplido el plazo para formularlas, es decir, si la caducidad ha operado respecto de las nuevas pretensiones contenidas en la reforma de la demanda¹⁰².

En el caso concreto, observa el Tribunal que el escrito de demanda con el que se dio inicio al presente proceso arbitral fue radicado el 15 de mayo de 2019, estando aún en curso el término de caducidad establecido en el artículo 164, numeral 2. del C.P.A.C.A., al que no debieron agregarse los dos (2) meses del literal j) apartado v., término que venció el 18 de julio de 2019 según fue precisado en acápite anterior del presente laudo.

¹⁰¹ Adicionalmente, el hecho de que para el momento de adicionar o corregir la demanda sea indispensable verificar la oportunidad de las pretensiones que se pretenda agregar, no se constituye en una carga desproporcionada para hacer uso de esa prerrogativa o en otras palabras, no hace inane esa posibilidad, toda vez que (i) la misma puede ser enmendada sin necesidad de revisar la configuración de la caducidad de la acción cuando se pretenda realizar un simple alteración de las peticiones elevadas desde un comienzo -dado que estas ya fueron puestas a consideración de la jurisdicción y por ende, no se emplea ese mismo derecho para su alteración, o meros cambios relacionados con los hechos o las pruebas que se hubiesen expresado, y (ii) es posible adicionar una nueva petición siempre y cuando se haga dentro del tiempo en que se pueda utilizar el derecho de acción, carga que es conocida por quien quiera accionar desde el momento en que surge su interés particular para demandar, por lo que el deber de actuar conforme a ello y elevar las distintas peticiones dentro del interregno pertinente evidentemente no resulta excesivo.

¹⁰² “*Como corolario de lo señalado, la jurisprudencia de esta Sección se unifica en el sentido de que toda pretensión debe efectuarse dentro del término en que se puede ejercer el derecho de acceder a la administración de justicia, período que sólo puede ser suspendido pero no interrumpido, de tal forma que su contabilización continua hasta su culminación sin que sea relevante que con anterioridad a su vencimiento se presente en forma oportuna peticiones en ejercicio del derecho de acción señalado, por lo que se impone que se verifique la caducidad de toda nueva pretensión sin perjuicio de que ésta se formule al comenzar un proceso, o durante su trámite vía reformulación del libelo introductorio*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 25 de mayo de 2016 (40.077), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

De esta manera, las pretensiones de la demanda presentada en esa fecha se entienden oportunamente formuladas y en tal sentido la excepción de caducidad no se declarará probada respecto de aquellas.

No sucede lo mismo en relación con las pretensiones nuevas (14°, 15° y 16°), incluidas en la reforma de la demanda del 14 de enero de 2020, para las cuales se habría configurado la caducidad, circunstancia que impide al Tribunal decidir sobre aquellas.

A la luz de las consideraciones que anteceden, en el presente caso el Tribunal declarará que se encuentra configurada la caducidad respecto de las siguientes pretensiones que fueron incluidas con ocasión de la reforma de la demanda, y así habrá de declararlo en el laudo:

Décima cuarta. Que se declare que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitantes Ingenieros S.A.S. el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174.

Décima quinta. Que, en consecuencia, se condene a Oleoducto Central S.A. a pagar a Tecnitantes Ingenieros S.A.S., la suma de \$303.483.832, correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174.

Décima sexta. Que, en consecuencia, se incorpore la obligación de pagar el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174, como prestación a cargo de Oleoducto Central S.A.

3. LA TACHA DE SOSPECHA

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Convocada en audiencia de 16 de julio de 2021 tachó de sospechoso el testimonio del señor Luis Eduardo Aponte. Esta tacha se fundamentó en sus nexos de dependencia con la Convocante y en las observaciones formuladas en su escrito de 17 de julio de 2021¹⁰³. TECNITANQUES se opuso porque la simple relación laboral no basta y no se alegó ni acreditó un hecho concreto configurativo de una de las circunstancias previstas en el artículo 211 del C.G.P. que afecten la credibilidad o imparcialidad del testigo.

El Código General del Proceso, a diferencia de lo previsto en el derogado artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, no establece que el Juez deba pronunciar

¹⁰³ En sus alegatos conclusivos, reitera que el testigo “mintió acerca de la autoría del cuestionario y cartilla que seguía en el curso de declaración así como la remisión de un documento que entonces se ordenó allegar sin solución de continuidad en la audiencia, deliberadamente cercenado. Ello fue ampliamente puesto de presente en escrito del 17 de julio de 2020 con las constancias correspondientes y en principio serían asuntos que guardan relación con la persona del Testigo.” Y agrega: “Sin embargo, de esa misma situación, habida cuenta de la condición de empleado de TECNITANQUES y más allá de ello la condición de Gerente de Proyecto de esa entidad, su comportamiento trasciende a la esfera de TECNITANQUES por tres razones fundamentales que se corroboran con su declaración: (i) En primer lugar, la cartilla de preguntas y respuestas que siguió en su declaración y que allegó mutilada, NO correspondía a un documento de elaboración del testigo, ni como lo dijo el apoderado de TECNITANQUES en esa audiencia antes de que fuera ordenada su incorporación, a un escrito de recordación del testigo. El Tribunal apreciará que el apoderado de TT conocía dicho documento de preparación por la secuencia de preguntas que el mismo apoderado le hizo al testigo antes de que se evidenciara el libreto. (ii) En segundo lugar, el libreto preparado y seguido, en aquellos apartes que no borró el Testigo segundos previos a su incorporación, procuraba decirle al Tribunal una mentira preconcebida a los fines de este Arbitraje y lo que reclama la Convocante y es que respecto de los TK 7311 y 7312 se habría hecho un ejercicio de Libro Abierto (Preguntas y respuestas Libreto 14 a 18) y procurarían decir que tal ejercicio se haría con base en la experiencia del TK 7313 y el diseño detallado de ingeniería. (iii) Esta mentira preconcebida tenía la finalidad de llevar al Tribunal a considerar que habría existido una Suma Global Fija de construcción y montaje de los TK 7311 y 7312 que se excluyeron y que se habría hecho apertura de Libro Abierto para tales Tanques. En este Arbitraje -como se verá a lo largo de estos Alegatos- se acreditó, incluso por la Ingeniera Gambo en su Dictamen Técnico, que NO hubo ejercicio de Libro Abierto para dichos Tanques.”

una decisión concreta sobre la tacha de un testigo, sino que al fallar apreciará el testimonio según las circunstancias de cada caso.

En efecto, dispone el artículo 211 del Código General del Proceso, lo siguiente:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso. (Se subraya).

Según la norma, podrá formularse tacha de un testimonio con expresión de las razones en que se funda, y el juez debe analizar el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial, la simple relación de un testigo con una de las partes, laboral, profesional, de dependencia o de otra naturaleza, no es suficiente para comprometer su credibilidad¹⁰⁴, y en todo caso:

“[...] si se trata de personas en cuya conciencia puede perfectamente ofrecerse el conflicto entre el deber genérico de declarar y el interés que tienen en el juicio particular en el que declaran, siendo razonable presumir que en un momento dado sobre en su ánimo mayor fuerza esta situación de cointerés que el respeto por la verdad; si, subsecuentemente, la credibilidad que les pueda caber en principio arranca estigmatizada por la duda; y si de este modo se recomienda al juez que examine sus dichos diligentemente y ejerza su dirección apreciativa con el máximo de escrúpulo, aflora inevitable que la mácula con que se mira tal linaje de testigos sólo se desvanecerá, y por qué no hasta desaparecerá, en la medida en que brinden un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particularizado en todo cuanto dieren noticia, y que, aun así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo analizado, cual lo dice la norma en cuestión, ‘de acuerdo con las circunstancias de cada caso’; será entonces cuando nada justifica que el juzgador continúe desconfiando de sus relatos, y les suministre el valor demostrativo que verdaderamente ostenten. Refluirá así el estado habitual del hombre y su inclinación a creer en los demás, del cual había salido por razón de una sospecha que a la postre fue disipada’ (Cas. Civ. de 10 de mayo de 1994, expediente 3927)’ (Cas. Civ., sentencia de 19 de septiembre de 2001, expediente No. 76 6624).”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia S-072 del 24 de agosto de 1998, Exp.: 4821: “ la existencia de un motivo que pueda afectar su imparcialidad no constituye circunstancia de la cual deba inducirse necesariamente que el testigo falte a la verdad. Por ello la ley faculta al juzgador para apreciar tales testimonios de acuerdo con las circunstancias de cada caso, incumbiéndole, como atribución inherente a la discreta autonomía que le asiste en la ponderación de los elementos de convicción, examinar las condiciones personales del testigo en orden a sopesar el merito que ofrezca su exposición, ‘...decisión que corresponde al ámbito de apreciación razonada y científica del juzgador, y como tal resulta inatacable en casación mientras no se demuestre que tal apreciación es contraria ostensiblemente a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada u opuesta a la verdad de los mismos’ (G.J. t. CLXXVI, pág. 48).

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de septiembre de 2011, Exp.: 25286-3103-001-2001-00108-01.

En cuanto a los demás motivos de la tacha contenidos en el escrito de “*observación cuestionario incorporado al expediente (003) (002)*”, que el panel arbitral igualmente advirtió en el desarrollo de la audiencia realizada el día 16 de julio de 2020, desde luego el Tribunal los considerará en la valoración del testimonio del señor Luis Eduardo Aponte en conjunto con los demás elementos probatorios, por cuanto, según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, “*desechar el testimonio, sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio pues dentro del sistema que adopta el Código General del Proceso para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, lo que debe hacerse es examinar el testimonio teniendo en cuenta las razones de la tacha para determinar “si detrás de sus afirmaciones se esconde la intención de favorecer a la actora o si, por el contrario, estas resultan coherentes, creíbles y verosímiles, vistas a la luz de la sana crítica y en conexidad con los demás medios de prueba aportados al proceso”*¹⁰⁶.

4. LOS DICTÁMENES PERICIALES DE PARTE

Ambas partes recíprocamente formularon cuestionamientos a los dictámenes periciales de parte aportados en las oportunidades procesales.

La Convocada invoca la exclusión y carencia de valor probatorio de la experticia allegada por la Demandante al desbordar su propia solicitud; incluir puntos respecto de los cuales había solicitado otro dictamen que desistió; omitir los requisitos sobre su admisibilidad, así como la carencia de experiencia y conocimientos profesionales de la perito en las materias sobre las que versa, particularmente en los asuntos financieros, contables o económicos; en “*una supuesta imposibilidad técnica de excluir tanques de un universo de tres (3) tanques*”; “*el supuesto agotamiento del hito*” de prefabricados, “*junto con la información que se allega para absolver dichos puntos, por desconocer el decreto y alcance de la prueba, así como el desistimiento del dictamen financiero realizado por la Convocante el 26 de junio de 2020*” y, además, porque la perito no estaba inscrita en el Registro Abierto de Avaluadores de conformidad con la Ley 1673 de 2013 y el Decreto 556 de 2014.

Por su parte, la Convocante sostiene que el dictamen de la Convocada es de contradicción como hizo constar, advirtiendo que el perito realizó análisis de cláusulas contractuales con una interpretación financiera y jurídica, pero al sustentarlo aceptó no conocerlas y omitió contestar preguntas asertivas, lo que revela que no realizó el dictamen el perito sino que lo hizo un tercero, o que “*las interpretaciones de las cláusulas del Contrato realizadas en el dictamen son tan parciales, pobres y absurdas que prefirió no enfrentarse a los cuestionamientos de tales interpretaciones*”.

Denota confusión del perito en torno a la naturaleza de las figuras llave en mano, precio global y libro abierto, su apertura y cierre en contradicción con el Contrato EPC; cuestiona por subjetivas sus conclusiones respecto de la ausencia de derecho a la remuneración, la contabilidad y los asuntos técnicos sin tener conocimiento ni experiencia; el desconocimiento de la prueba documental como el Acta de Avance de Prefabricados No. 4 en la cual el representante del Contratante, Miller González,

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Rad.: 41001-23-31-000-2000-03728-01 (31074).

constató la ejecución del 100% del prefabricado; su afirmación en cuanto a que no hay evidencia de la ejecución de la totalidad del prefabricado, todo lo cual acredita además un exceso en el objeto de la prueba solicitada y decretada por el Tribunal, pues a partir de un dictamen contable pretende no solamente contradecir de hecho el dictamen presentado por Tecnitiques, sino que realiza apreciaciones técnicas y jurídicas ajenas a su conocimiento y el alcance de la prueba decretada.

Delante de los reparos recíprocos, debe poner de presente el Tribunal que ambos peritos acreditaron la experiencia y conocimientos en las materias respecto de las cuales se anunció y autorizó la aportación de sus experticias al proceso.

El rendido por la perito Luz Mélida Gamboa no versa sobre un avalúo “de un tipo de bienes” que deba rendirse por un perito evaluador, por lo que no es menester su inscripción en el “Registro Abierto de Avaluadores”.

En cuanto refiere a la falta de correspondencia de los dictámenes con el objeto y finalidad anunciada, el exceso o desbordamiento, las argumentaciones e interpretaciones jurídicas o sobre materias distintas o más allá del conocimiento y experiencia del perito, se debe indicar que, conforme al reiterado entendimiento de la jurisprudencia, la eficacia probatoria de todo dictamen pericial, además de la imparcialidad del experto, pende de la competencia e idoneidad del perito, la claridad, precisión, fundamentos y la ausencia de todo “*motivo serio para dudar*” de la misma¹⁰⁷; que el juzgador debe valorar la prueba pericial “*de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso*”. (arts. 232 y 235, C.G.P.)¹⁰⁸; y que “*los asuntos estricto sensu jurídicos, se reservan al juzgador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre puntos de derecho y las objeciones de ‘puro derecho’ sobre su alcance o sentido (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446), en tanto ‘la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo’ (G.J. tomo, LXVII, pág. 161)*”

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de mayo de 2014, Rad. 08001-31-03-011-2008-00263-01: “[...] Su eficacia probatoria, según se desprende del artículo 241 ejusdem, se halla condicionada a la conducencia que ostente el hecho cuya acreditación se pretende, a la idoneidad e imparcialidad del perito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de septiembre 15 de 2017, Rad. 080012331000199812677 01: “La Sala ha considerado que la eficacia probatoria del dictamen de expertos requiere que: [...] (ii) el dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) el perito sea competente, es decir, un experto para el desempeño del cargo; (iv) no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad”; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 11 de octubre de 2017. Rad. 17001-23-31-000-1999-00630-01 (57.663); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 470012331000199900704-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad. 73001-23-31-000-2005-00776-01; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Rad.: 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG).

¹⁰⁸ En Sentencia de 9 de septiembre de 2010, Rad. 17042-3103-001-2005-00103-01, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresó: “*corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, [...], cuando el trabajo de los expertos carezca de soporte cierto, razonable o verosímil, ofrezca serios motivos de duda, contenga anfibologías e imprecisiones, contradiga las evidencias procesales o se funde en conjeturas, suposiciones o informaciones no susceptibles de constatación objetiva, científica, artística o técnica, se impone el deber para el juzgador de desestimar el dictamen pericial y sustentar su decisión en los restantes elementos probatorios. En idéntico sentido, si el concepto de los expertos, ofrece múltiples o diferentes conclusiones respecto de un mismo asunto, aspecto o materia, el sentenciador, podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso. En efecto, es “asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial. [...] Esa prueba, como todas las demás, debe ser apreciada por el juez en conjunto con las demás que obren en el proceso y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C.P.C.), labor que, tratándose de aquella, se realizará teniendo en cuenta la precisión, firmeza y calidad de sus fundamentos (art. 241 ib.), tarea en la que el juzgador goza de autonomía, [...]”*”

y, asimismo, un dictamen deficiente o incompleto, por falta de contestación de todas las preguntas formuladas, de suyo, no comporta un error grave, dando lugar a su complementación o adición, sea a petición de parte, sea de oficio, y en definitiva, a su valoración por el juez, pues, el yerro predicase de la respuesta y no de su omisión'. (cas. civ, sentencia sustitutiva de 9 de julio de 2010, exp. 11001-3103-035-1999-02191-01)¹⁰⁹.

En análogo sentido “la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones”, son “susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción”¹¹⁰, y se han sentado las siguientes pautas:

“2. En lo que puntualmente concierne al dictamen pericial, este tiene por objeto llevar al juez información cuando el campo del conocimiento del que se extraiga no sea de su dominio, puesto que con él es posible obtener un concepto fundado en el método científico, el arte o la técnica; cuyas conclusiones incidirán en la adopción de la decisión que dirima el conflicto planteado, según lo dispone el artículo 226 del Código General del Proceso.

“A voces del artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 la parte que pretenda valerse de una experticia deberá aportarla en la respectiva oportunidad. Esto es, el actor en su demanda (art. 82) o en el término para solicitar las adicionales (art. 370), y el convocado con su contestación (art. 96); o, cualquiera de ellos, dentro del plazo especial del artículo 227.

“También, dicha probanza deberá contener unas exigencias mínimas que deben dar cuenta de tres elementos: los fundamentos, la imparcialidad y la idoneidad de quien lo elaboró. Así lo señala el artículo 226 del compendio, [...]

“En lo que respecta a su decreto, con miramiento en el artículo 168 ibidem, regla general y, por tanto, aplicable a cualquier medio de prueba, el juez rechazará la que encuentre ilícita, notoriamente impertinente, inconducente y la manifiestamente superflua o inútil. Todo lo cual realizará con la debida motivación.

“Ya en punto de la contradicción, el litigante contra el cual se aduzca podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento, aportar otro o realizar ambas actuaciones, con sujeción a las reglas estipuladas en el canon 228.

“Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello haya lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp.: 11001-3103-032-2001-00847-01.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de nueve (9) de julio de 2012, Rad. 1999-02191-01

“Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.

“De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.

“Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. (...) -Resalta la Corte- (2010. La valoración de la prueba. Marcial Pons. Pag. 292).

“Como puede ser visto, en lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será «apreciado» en el fallo, al punto que, en el evento en el que encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. Todo lo cual sucede luego de que se decrete la prueba y se permita su incorporación al plenario.

“En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrojado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe.”¹¹¹

En consecuencia, el Tribunal en cuanto deba soportar su decisión en los dictámenes, teniendo clara la limitación de su eficacia probatoria a los asuntos respecto de los cuales se solicitó y autorizó la prueba, los valorará de conformidad con el marco legal y su entendimiento jurisprudencial, considerando los reparos recíprocos de las partes y los elementos probatorios en su conjunto.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC2066-2021, Sentencia de 3 de marzo de 2021, Radicación no 05001-22-03-000-2020-00402-01.

5. LAS PRETENSIONES

5.1. PRETENSION RELATIVA A LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

En la pretensión primera principal de la demanda se solicita declarar la celebración del Contrato No. 3802174 'Para la ingeniería, gestión de compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad de almacenamiento de crudo, en el terminal de Coveñas de Ocesa' entre OCENSA y TECNITANQUES, y que dicho contrato es válido y eficaz.

Esta pretensión está llamada a prosperar. El Contrato, en efecto, se celebró por las partes, ninguna lo ha negado, y está debidamente probado en el proceso. Tampoco han cuestionado su validez y eficacia, ni existe en las pruebas elemento del cual pueda acreditarse la presencia de una causal de nulidad absoluta de aquéllas que el juez debe analizar y declarar oficiosamente.

Por lo tanto, prospera la primera pretensión principal de la demanda.

5.2. PRETENSIONES RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

5.2.1. LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE TANQUES

5.2.1.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

5.2.1.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En la demanda principal reformada, TECNITANQUES solicita que se declare que el contrato celebrado con OCENSA fue incumplido por esta última al no haber puesto a su disposición los Tanques TK7311 y TK7312 (pretensión segunda) y al haberlo terminado mediante la exclusión indebida de estos, toda vez que invocó una facultad contractual inaplicable (pretensión tercera). En subsidio reclama que se declare que OCENSA incumplió el contrato por haberlo terminado mediante la exclusión indebida de los Tanques mencionados, mediante: (i) el ejercicio inoportuno de una facultad contractual (pretensión primera subsidiaria de la pretensión tercera); (ii) el ejercicio en forma excesiva de una facultad contractual, puesto que sólo podía excluirse un (1) Tanque (pretensión segunda subsidiaria de la pretensión tercera); o (iii) el ejercicio de mala fe de una facultad contractual (pretensión tercera subsidiaria de la pretensión tercera).

Adicionalmente, pide que se declare que los incumplimientos contractuales en que presuntamente incurrió OCENSA, dentro de los que se encuentran los mencionados anteriormente, le causaron perjuicios a TECNITANQUES consistentes en el lucro cesante por la utilidad que dejó de percibir por la ejecución total de la fase de construcción y montaje de los Tanques TK7311 y TK7312 (pretensión cuarta). Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare que OCENSA es responsable por los daños padecidos por TECNITANQUES (pretensión quinta) y que se le condene a pagar la utilidad que la Convocante habría percibido de haberse ejecutado la totalidad del contrato (pretensión sexta).

En subsidio solicita que se declare que el incumplimiento de OCENSA le causó un perjuicio consistente en la pérdida de la oportunidad de percibir la utilidad por la

ejecución total de la fase de construcción y montaje de los Tanques mencionados (pretensión subsidiaria de la cuarta). En consecuencia, pide que se declare que OCENSA es responsable por los perjuicios reclamados (pretensión primera consecencial de la subsidiaria de la pretensión cuarta) y que se le condene a pagarle a TECNITANQUES la suma que habría percibido por concepto de la utilidad por la ejecución total del contrato (pretensión segunda consecencial de la subsidiaria de la pretensión cuarta).

La Convocante fundamenta sus pretensiones, en síntesis, en que en la cláusula 3.02 del Contrato se pactó la facultad unilateral a favor de OCENSA de excluir un Tanque del alcance del objeto, que se concibió en el marco de un contrato inicialmente estructurado para la intervención de siete tanques. Esta facultad, según lo considera la Convocante, no podía ejercerse con la finalidad de terminar unilateralmente el negocio jurídico, puesto que en la cláusula 16.03 del Contrato, en la que se regula lo relativo a su terminación anticipada, no se previó la exclusión de todos los tanques a intervenir como una causal de terminación. Señala que, mediante comunicación que fue entregada en las oficinas de TECNITANQUES el 18 de abril de 2017, la Convocada le informó su decisión de excluir los dos tanques restantes del alcance del Contrato con fundamento en lo previsto en la mencionada cláusula 3.02. Sin embargo, la Convocante considera que el ejercicio de la facultad de exclusión tuvo por efecto vaciar de contenido el Contrato y terminarlo unilateralmente.

Por lo anterior, manifiesta que OCENSA incumplió el Contrato al desconocer la verdadera naturaleza de la facultad de exclusión, que era permitir a las partes ajustar la cantidad de Tanques “*bajo supuestos remediales de la economía contractual*”, pero no operaba como un mecanismo de terminación anticipada del Contrato. En este sentido, explica que, debido a que en el proceso de selección que dio lugar al contrato se previó la ejecución de siete Tanques, era razonable que la Convocada contara con un mecanismo para excluir alguno, pero dicha facultad no podría implicar la terminación anticipada del contrato ni la frustración de su función económica. En consecuencia, considera que al haberse reducido el objeto del contrato a solo tres (3) Tanques, no había lugar a ejercer la mencionada facultad de exclusión, porque eso habría implicado cambios drásticos en la ingeniería y en las compras. Finalmente, concluye que OCENSA ejerció de manera abusiva la facultad de exclusión al haberla utilizado, en realidad, para terminar unilateralmente el contrato.

5.2.1.1.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

OCENSA se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda reformada, tanto principales como subsidiarias, pues considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico. Precisó que las pretensiones de la demanda desconocen que tenía la facultad de excluir Tanques de la ejecución del Contrato sin que esto implicara un incumplimiento, siempre que la mencionada facultad se ejerciera antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras. Asimismo, señaló que ejerció oportunamente la facultad de exclusión porque no se había suscrito el Acta de Inicio de Obras de los Tanques TK7311 y TK7312. Adicionalmente, explicó que la mencionada facultad no se limitaba a un (1) Tanque, sino que podía excluir varios. Por último, manifestó que la facultad de exclusión se ejerció dentro de la oportunidad

y según el procedimiento pactado en el Contrato, por lo que no es cierto que se trate de un ejercicio de mala fe.

Respecto de los hechos en los que se fundamentan las pretensiones de TECNITANQUES, aclaró que no tenía la obligación de entregar los Tanques TK7311 y TK7312, porque respecto de estos no se suscribió la correspondiente Acta de Inicio de Obras, ni se había realizado su mantenimiento mayor. También reiteró que el Contrato se estructuró sobre la base de la posibilidad que tenía OCENSA de excluir uno o varios Tanques, facultad que ejerció de conformidad con las reglas establecidas en el Contrato, de manera que no se trató de un ejercicio abusivo.

Propuso, entonces, las excepciones de mérito que denominó “A.2. EJERCICIO VÁLIDO Y OPORTUNO DE LA FACULTAD CONTRACTUAL DE OCENSA PARA EXCLUIR TANQUES – FACULTAD CONOCIDA Y ACEPTADA POR TECNITANQUES”; “B. BUENA FE DE OCENSA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO”, “C. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES – PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – LIBERTAD DE CONTRATACIÓN”, “G. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS – TECNITANQUES NO PUEDE DESCONOCER SUS PROPIOS ACTOS, NI SUS DECLARACIONES Y GARANTÍAS”, “I. FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – EVENTUALIDAD DE LOS PERJUICIOS”, “K. IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN POR LOS CONCEPTOS ADUCIDOS POR TECNITANQUES EN LA DEMANDA – EVENTUALIDAD DEL SUPUESTO PERJUICIO”, “L. INEXISTENCIA DE DERECHO CIERTO DE TECNITANQUES PARA RECIBIR LOS TK 7311 Y 7312 – IMPOSIBILIDAD DE RESARCIR EL PERJUICIO”, y “N. INEXISTENCIA DE ABUSO POR PARTE DE OCENSA”.

5.2.1.2. EL PACTO DE LAS PARTES, SU NATURALEZA Y ALCANCE

De conformidad con lo que se encuentra acreditado en el proceso, en la comunicación de 24 de octubre de 2014 OCENSA le manifestó a TECNITANQUES que estaba interesada en recibir una oferta para adelantar la ingeniería, compras, construcción y montaje enderezados a obtener el aumento de capacidad de los tanques de almacenamiento de crudo ubicados en la terminal de Coveñas. Adicionalmente, OCENSA señaló allí las condiciones generales para participar, entre las que se encontraba la relativa a la posibilidad de enviar una notificación al adjudicatario del contrato informando la exclusión de un determinado Tanque. Sobre el particular, en el documento mencionado se lee lo siguiente:

“3. CONDICIONES GENERALES PARA PARTICIPAR

“(…)

“Serán condiciones generales para participar dentro del proceso de Solicitud Privada de Ofertas y requisitos esenciales de evaluación de las ofertas los siguientes:

“(…)

“5. LA COMPAÑÍA [OCENSA] podrá en cualquier momento con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, enviar una Notificación al Contratista adjudicatario informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras.”¹¹²

La previsión transcrita anteriormente fue reiterada en el numeral 6 de la sección 2.4 del Pliego de Condiciones SPO-3000006659 de junio de 2014¹¹³. En efecto, en el Pliego de Condiciones se establece que una de las condiciones generales para participar en el proceso de selección consistía en que OCENSA podría, en cualquier momento antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras de un determinado Tanque, enviarle al Contratista una notificación en la que informara la exclusión de dicho Tanque.

Estas condiciones generales definidas en la etapa precontractual fueron recogidas posteriormente en el contrato celebrado entre las partes. En la Sección 3.02 del Contrato No. 3802174 se pactó la facultad a favor de OCENSA de excluir un determinado Tanque del alcance de las Obras contratadas, en los siguientes términos:

“3.02 Alcance de las Obras

“En línea con lo establecido en la Sección 3.01 de este Contrato, el alcance del presente Contrato comprende las intervenciones y actividades descritas en las Especificaciones Técnicas respecto de la totalidad de los Tanques a intervenir en virtud del presente contrato. No obstante lo anterior, el Contratante se reserva el derecho y el Contratista acepta que, en cualquier momento con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, el Contratante podrá enviar una Notificación al Contratista informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras objeto de este Contrato (el ‘Tanque Excluido’). El Contratista acepta que la anterior decisión por parte del Contratante no constituye un incumplimiento del presente Contrato y que no generará el pago a favor del Contratista de ninguna compensación o indemnización en relación con el Tanque Excluido.

“Como consecuencia de la anterior Notificación, el Contratista no tendrá derecho a percibir la porción de la remuneración en relación con el Tanque Excluido.”¹¹⁴

Según se señala en la cláusula citada, OCENSA tenía la facultad de excluir “*un determinado Tanque*” del alcance de las obras inicialmente previstas. Esta decisión, conforme se desprende del texto, no requería del consentimiento o de la aprobación previa de TECNITANQUES, sino que podía ejercerse unilateralmente. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad se circunscribió para realizarse en una oportunidad específica: antes de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras del respectivo

¹¹² Cuaderno de Pruebas. Folio 2 A 488 PRUEBAS CONTESTACIÓN. 1. Copia de la solicitud privada de oferta remitida por OCENSA a TECNITANQUES del 24 de octubre de 2014.

¹¹³ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 2. Etapa Precontractual – Ctto de Obra 3802174. 1. Pliego de condiciones.

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

Tanque. En efecto, la facultad de excluir un determinado Tanque únicamente se podía ejercer hasta antes de la suscripción del Acta que daba cuenta de que se iniciaría la ejecución de las obras de un Tanque, de los varios que se había previsto intervenir. La prerrogativa objeto de análisis corresponde, entonces, a una facultad unilateral de modificación del contrato, toda vez que, en virtud del pacto arriba transcrito, OCENSA podía alterar o modificar el alcance de las obras al excluir los Tanques que determinara para el efecto.

El pacto de exclusión unilateral de determinados Tanques se vio reflejado igualmente en las otras estipulaciones contractuales, tal y como se reseña a continuación:

- a. Cláusula 5.01. En esta cláusula se reguló lo relativo a la remuneración del Contratista, que estaría conformada por dos componentes: (i) los servicios de Ingeniería y (ii) los servicios de Gestión de Compras y la Construcción y Montaje de las Obras. Estos componentes se remunerarían de la siguiente forma:

“5.01 Remuneración

“La Remuneración pagadera por el Contratante al Contratista como contraprestación por la ejecución de los Servicios tendrá los siguientes dos componentes:

“(i) Por la ejecución de los servicios de Ingeniería, el Contratante pagará al Contratista la remuneración bajo la modalidad de suma global fija total. La suma global fija total por la ejecución de la Ingeniería será la suma de OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (COP\$ 814.434.678,33) incluido AIU antes de IVA (la ‘Suma Global Fija de la Ingeniería’).

*“(ii) Por la ejecución de los Servicios de Gestión de Compras y la Construcción y Montaje de las Obras, la remuneración aplicable se determinará bajo la modalidad de libro abierto (open book) de acuerdo con lo indicado en el anexo 5.01 (1). Una vez acordados por las Partes la totalidad de los Costos Revelados (tal como dicho término se define en el Anexo 5.01 (1)) para cada uno de los Tanques y la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje **para cada uno de los Tanques**, se incluirá dicha información en un listado de cantidades y precios que hará parte integral de este Contrato como Anexo 5.01 (2), el cual se irá actualizando en la medida en que las Partes acuerden dichas sumas **para cada uno de los Tanques**. En todo caso y para, entre otros, facilitar la eventual exclusión de Tanques de conformidad con la Sección 3.02 y aplicar las Multas de que trata la Sección 13.02(ii), el Contratista discriminará en el Anexo 5.01 (2), la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje **aplicable a cada Tanque**. Se entenderá que la sumatoria de la ‘Suma Global Fija’ para cada Tanque tal como está definido dicho concepto en el Anexo 5.01 (1) corresponderá a la suma global fija de la gestión de compras, construcción y montaje total del Contrato (la ‘Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje.’ (se destaca)*

De la cláusula transcrita se colige que, para efectos del segundo componente de la remuneración —Servicios de Gestión de Compras y la Construcción y Montaje de las Obras—, se estableció la necesidad de discriminar los valores para cada uno de los Tanques individualmente considerados. Lo anterior, entre otras razones, para permitir el ejercicio de la facultad de exclusión pactada en la cláusula 3.02 del Contrato.

- b. Cláusula 7.03. En esta cláusula, relativa al inicio de las obras, se pactó que el plazo máximo de entrega de cada uno de los Tanques empezaría a contarse a partir de la suscripción de la correspondiente Acta de Inicio, en los términos que se transcriben a continuación:

“7.03 Inicio de Obras

*“El Plazo Máximo de Entrega de **cada uno de los Tanques** empezará a correr a partir de la suscripción entre el Contratista, Contratante e Interventor de un acta de inicio de las obras que se suscribirá **para cada Tanque** (el ‘Acta de Inicio de las Obras’).*

“La fecha, hora y lugar para la firma del Acta de Inicio de las Obras en relación con cada uno de los Tanques, será notificada por el Contratante al Contratista con una antelación no menor a 3 días hábiles a la fecha en la cual se debe firmar el Acta de Inicio de las Obras.

“(…)

“Teniendo en cuenta que en aplicación de la Sección 3.02, el Contratante tiene la facultad de excluir un determinado Tanque antes de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras correspondientes, el Contratista sólo podrá iniciar las labores de Gestión de Compras y Construcción y Montaje en relación a un determinado Tanque a partir de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras. La anterior restricción no aplicará: i) En relación con la compra de las láminas de cuerpo necesarias para la ejecución u terminación de las Obras, de conformidad con lo dispuesto en la sección 6.01; ii) En relación con el primer Tanque que en virtud del Programa Maestro de Trabajo, frente al cual el Contratista podrá iniciar las labores de Gestión de Compras a partir del Acta de Inicio del Contrato.” (se destaca)

De conformidad con la cláusula transcrita anteriormente, es claro que las partes convinieron que el inicio de las obras se haría de manera individual para cada uno de los Tanques, de forma tal que el plazo para la entrega se computaba autónomamente para cada uno de los Tanques. En consecuencia, el Contratista no podía iniciar labores de Gestión de Compras y Construcción y Manejo hasta tanto se suscribiera el Acta de Inicio correspondiente.

- c. Cláusula 13.02. En esta cláusula se regulan las multas a las que habría lugar en caso de incumplimientos del Contratista, y para efectos de la suma que se tendría en cuenta para su cálculo, las partes convinieron lo siguiente:

“13.02 Multas

“Si durante la ejecución del Contrato se generan incumplimientos del Contratista, el Contratante podrá imponer las multas (las ‘Multas’) que se detallan a continuación:

“(…)

*“(ii) Multa por terminación de las Obras: En el evento en que **en relación con un Tanque**, no se cumplan con las Condiciones de Aceptación en o antes del Plazo Máximo de Entrega, el Contratante podrá imponer multas de hasta el 0,5% de la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje **correspondiente a cada Tanque** por cada Día transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación.”* (se destaca)

Según lo convenido en esta cláusula, el valor de las multas por el incumplimiento en la terminación de las Obras se calculaba de manera individual para cada Tanque, de acuerdo con la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje convenida para el Tanque correspondiente.

Con fundamento en las estipulaciones anteriormente reseñadas, las partes han manifestado que la actividad de intervención de los tanques se desarrollaría de manera sucesiva y no simultánea (ver hecho 17 de la demanda reformada y su contestación).

Ahora bien, según se indicó al inicio de este acápite, en el Contrato se pactó una facultad unilateral a favor de OCENSA, en su calidad de entidad contratante, en virtud de la cual podía excluir del alcance de las Obras los Tanques que determinara. Se reitera que esta facultad podía ser ejercida sin necesidad de que mediara el consentimiento o la aceptación de TECNITANQUES, comoquiera que la decisión dependía enteramente de la discrecionalidad de OCENSA. En consecuencia, en el Contrato se estipuló que, para efectos de la remuneración del contratista, las partes debían acordar los costos para cada uno de los Tanques individualmente considerados y, asimismo, el contratista debía discriminar la denominada “Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje” que aplicaría para cada Tanque. Igualmente se condicionó el inicio de las obras para cada Tanque a la suscripción de un Acta de Inicio de Obras, que sería particular para cada uno de ellos.

En ese contexto, en la oferta económica ajustada que presentó TECNITANQUES el 6 de noviembre de 2014¹¹⁵, la Convocante discriminó el valor total de los hitos de “Compras” y de “Construcción y Montaje” de manera individual para cada uno de los tres Tanques comprendidos dentro de su oferta.

5.2.1.3. LA EFICACIA DEL PACTO DE FACULTADES UNILATERALES EN LOS CONTRATOS ESTATALES QUE SE RIGEN POR EL DERECHO PRIVADO

Con fundamento en los principios de normatividad —establecido en el artículo 1602 del Código Civil¹¹⁶— y de intangibilidad de los contratos, la doctrina nacional ha

¹¹⁵ Cuaderno de Pruebas. Folio 2 A 488 PRUEBAS CONTESTACIÓN. 4. Copia de la oferta económica ajustada de TECNITANQUES del 6 de noviembre de 2014.

¹¹⁶ “ARTÍCULO 1602. todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

sostenido que, en principio, *“el contrato no podría ser modificado sino por la voluntad de las partes, y no por una sola de ellas, debido a su fuerza normativa, a la intangibilidad del vínculo que se origina con su celebración, por el respeto de la palabra dada, lo cual es expresión de la buena fe y, según algunos, por la idea de la preservación del equilibrio contractual”*¹¹⁷. Sin embargo, como una manifestación del postulado de la autonomía privada, en época relativamente reciente se ha admitido con mayor amplitud la posibilidad de que las partes involucradas en un negocio jurídico pacten mecanismos que les permitan alterar o ajustar las condiciones inicialmente convenidas a las necesidades prácticas que surjan durante su ejecución¹¹⁸.

Al respecto, la doctrina nacional ha sostenido que *“con mayor frecuencia se pone en evidencia la necesidad de contar con contratos que posean un carácter más dúctil, que permitan su adecuación en diversos aspectos, tratándose del precio, del contenido y extensión de la prestación y, en general, de las condiciones de cumplimiento e incluso de la forma y terminación de este. Dicho fenómeno obedece a la necesidad de (...) flexibilizar en general las condiciones del negocio acercándolo con mayor precisión a las necesidades de las partes y de los mercados en los que estos se desarrollan, incluso a las características del tipo negocial elegido, cuya plena realización puede comportar la necesidad de cierta libertad en el manejo de los elementos estructurales de este”*¹¹⁹.

Se reconoce, entonces, la importancia de concederles a las partes cierto margen de acción que les permita ajustar y adaptar el contrato a la realidad cambiante que puede estar en la base de la ejecución del respectivo negocio jurídico. Sin embargo, debido al grado de discrecionalidad que involucra el hecho de facultar a uno de los contratantes para que modifique unilateralmente el alcance del contrato, se impone establecer límites específicos que deben ser observados tanto al momento del respectivo pacto como para la época de su ejercicio. Se trata, principalmente, de la buena fe y de la prevención del abuso del derecho, sobre los que se pronunciará el Tribunal más adelante.

Ahora bien, de las distintas facultades unilaterales que pueden ser convenidas por los particulares, se destaca la facultad de modificación unilateral. Esta facultad supone que una de las partes puede adoptar la decisión de introducir un cambio en los términos de un negocio jurídico previamente celebrado, decisión que depende exclusivamente de aquella. De manera general, la modificación consiste, según ha sido definida por la doctrina, en *“un cambio que padece el contrato en uno o en alguno de sus elementos, durante el transcurso de su ejecución”*¹²⁰. En este sentido, la facultad contractual de modificación unilateral se concreta en la prerrogativa

¹¹⁷ Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). p. 48.

¹¹⁸ El Consejo de Estado, ha reconocido la licitud de estos pactos en los contratos estatales regidos por el derecho privado. Sobre el punto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencias de 15 de febrero de 2012, Rad. 85001-23-31-000-2000-00198-01 (20968); 9 de septiembre de 2013, Rad. 52001-23-31-000-2000-21279-01 (25.681); Gamboa 24 de agosto de 2016, Rad. 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783); 09 de mayo de 2012, Rad. 85001-23-31-000-2000-00198-01 (20968); 18 de julio de 2012 rad. 50001-23-31-000-1992-03996-01 (21573) ; 12 de marzo de 2014), rad. 73001-23-31-000-2003-00243-01 (32.611); Subsección A, 11 de junio de 2014, Rad. 7600-12-33-000-2000-01764-01 (34649); 8 de noviembre de 2016, Rad. 73001-23-31-000-2007-00709-02 (39692); Subsección B, 02 de mayo de 2016, Rad. 68001-23-15-000-2002-00265-01 (31430).

¹¹⁹ Neme Villarreal, Martha Lucía. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2018). p. 23.

¹²⁰ Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). p. 49.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

conferida exclusivamente a una parte, en ejercicio de la autonomía privada, en virtud de la cual puede introducir ajustes, cambios o alteraciones respecto de ciertos elementos del negocio durante su ejecución. En consecuencia, en ejercicio de esta facultad, la parte a favor de quien se haya pactado puede, entre otras posibilidades, limitar el alcance de las prestaciones a cargo de los contratantes.

Dentro de esta hipótesis, esto es, la de la facultad de modificación unilateral del contrato, se inscribe la prerrogativa de exclusión de Tanques pactada a favor de OCENSA en el Contrato No. 3802174, toda vez que corresponde a una facultad unilateral que le permitía limitar el alcance del objeto del contrato mediante la supresión de uno o varios Tanques, sin necesidad de justificar frente a TECNITANQUES las razones por las que optaba por la exclusión, y sin que se requiriera del consentimiento de las partes o de la aceptación del otro contratante. Es, entonces, una de las denominadas facultades *ad nutum* a las que se hará referencia posteriormente.

Establecida la naturaleza jurídica de la facultad de exclusión de Tanques, es importante precisar que la facultad de modificación unilateral pactada en los contratos que se rigen por el derecho privado tiene características que la diferencian de la potestad excepcional de modificación unilateral de la contratación estatal. Esta última se encuentra consagrada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente: *“si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”*. Con fundamento en esta norma, la doctrina ha explicado que, en virtud de esta potestad, *“la entidad estatal queda autorizada para ‘ajustar el objeto del contrato a las verdaderas necesidades de la comunidad, para no ejecutar una obra que no cumplirá el objetivo perseguido o sea insuficiente para las necesidades que se presentan’, para lograr su correcta e ininterrumpida ejecución”*¹²¹.

El fundamento de la potestad excepcional de modificación unilateral se encuentra, entonces, en la prevalencia del interés general, por lo que se caracteriza porque: (i) sólo opera cuando hay una amenaza de paralización o afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el contrato; (ii) las partes deben haber intentado un acuerdo previo para la adaptación del contrato; y (iii) debe adoptarse mediante acto administrativo debidamente motivado.

Por el contrario, el fundamento de la facultad de modificación unilateral en los contratos que se rigen por el derecho privado -así se trate de contratos estatales- como lo es el contrato objeto de controversia entre las partes, es el mencionado postulado de la autonomía privada. Por esta razón, salvo las restricciones que se derivan de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho, las partes cuentan con libertad para determinar el alcance y la forma en que ha de ejercerse la facultad unilateral de la que se trate. Incluso, en la contratación privada se han admitido las denominadas facultades *“ad nutum”* o *“incausadas”*, en las que la manifestación

¹²¹ Deik Acostamadiedo, Carolina. *Potestades excepcionales en los contratos estatales*. Ed. Temis S.A. Bogotá (2019). p. 41. En este mismo sentido ver: Tribunal arbitral de Automotora Nacional S.A. – AUTONAL S.A. v. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. – SOFASA S.A. Laudo de 25 de abril de 2017. Árbitros: Guillermo Zea Fernández, Sergio Muñoz Laverde y Fernando Pabón Santander.

unilateral es “*completamente libre, [pues] el autor de la misma no está obligado a justificar o motivar su decisión*”¹²². En todo caso, el ejercicio de facultades *ad nutum* no puede ser arbitrario, comoquiera que igualmente debe sujetarse a los postulados de la buena fe y de la prevención del abuso del derecho, como se profundizará más adelante.

En la determinación del sentido, alcance y eficacia de una facultad de modificación unilateral se debe tener presente que, con frecuencia, la razón de ser de estas prerrogativas reside, como se señaló previamente, en la conveniencia de flexibilizar el contenido del negocio jurídico para permitir que se ajuste a las necesidades e intereses de las partes según se requiera durante su desarrollo. Por este motivo, suele incluirse en contratos de duración o de colaboración, que se caracterizan porque se ejecutan durante un periodo prolongado de tiempo. Debido a esta particularidad, es posible que durante el desarrollo del contrato se presenten circunstancias que impacten o afecten lo que las partes inicialmente convinieron, por lo que resulta pertinente pactar desde un inicio mecanismos para reajustar el contenido contractual. Adicionalmente, como lo reconoce la doctrina, “*puede tratarse de facultades inherentes a la propia naturaleza del negocio, sin las cuales no se tomaría la decisión de obligarse en dicho tipo negocia*”¹²³. A este respecto, y con el fin de valorar posteriormente si el ejercicio de una facultad unilateral se ajusta a la buena fe y no es abusivo, conviene identificar, en primer lugar, la razón que motivó a las partes a pactarla, esto es, su finalidad.

En el caso concreto se observa que el contrato celebrado entre las partes se inscribe en el marco del “Proyecto Expansión de Capacidad Potencia 135 (P135)”¹²⁴. Este proyecto tenía por objeto realizar una intervención en las estaciones de Cusiana, El Porvenir, Vasconia, Caucasia y Coveñas del Oleoducto administrado por OCENSA, e instalar además tres (3) nuevas estaciones de bombeo para incrementar la capacidad del oleoducto. De la lectura del alcance del proyecto se colige, además, que la intervención en las estaciones antes mencionadas comprendía actividades de variada naturaleza: el cambio de motores de combustión, la instalación de nuevos tanques, la adición de unidades de booster y la adición de MW de generación eléctrica, entre otras¹²⁵.

Para el caso de la estación ubicada en Coveñas, una de las actividades que se propuso desarrollar como parte del proyecto P135 era el aumento de capacidad de almacenamiento. El objetivo de esta actividad se describe de manera general en las condiciones técnicas para los trabajos de aumento de capacidad de los tanques del proyecto P135, en los siguientes términos: “*Oleoducto Central S.A. (OCENSA) para el proyecto ‘PROYECTOEXPANSION (sic) DE CAPACIDAD POTENCIA 135 (P-135)’ en ejecución por TIPIEL S.A., tiene planeado implementar el aumento de capacidad de siete (7) tanques de almacenamiento de techo flotante por medio de un proyecto tipo ‘llave en mano’ (turn key). Dichos tanques se encuentran*

¹²² Molina Morales, Ranfer. *La terminación unilateral del contrato ad nutum*. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. No. 10. Bogotá (2006). p. 127.

¹²³ Neme Villarreal, Martha Lucía. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2018). p. 24.

¹²⁴ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. Pruebas para radicar. 1. Proyecto expansión de capacidad potencia 135 (P135). 2. Anexos del Proyecto expansión de capacidad potencia 135 (P135). Anexo 1. Especificaciones. PW-135-37CV-MMR-1402.

¹²⁵ Ver: Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. Pruebas para radicar. 1. Proyecto expansión de capacidad potencia 135 (P135). 2. Anexos del Proyecto expansión de capacidad potencia 135 (P135). Anexo 1. Especificaciones. PW-135-37CV-MMR-1402.

*localizados en el terminal de Coveñas, Departamento de Sucre, costa norte de Colombia*¹²⁶.

Asimismo, en el numeral 2 de las Especificaciones Técnicas que se anexaron al Pliego de Condiciones SPO-3000006659, se explicaron las razones que motivaron a OCENSA para iniciar un proceso de contratación que tenía por objeto *“seleccionar al contratista que ejecutará la(s) obra(s), trabajo(s) y/o labor(es) de INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN Y MONTAJE, PARA EL AUMENTO DE CAPACIDAD DE TANQUES DE ALMACENAMIENTO DE CRUDO, EXISTENTES EN EL TERMINAL DE COVEÑAS DE OCENSA*¹²⁷. En el numeral 2 de las Especificaciones Técnicas, al que se ha hecho referencia, OCENSA manifestó lo siguiente:

“2. ANTECEDENTES

“OCENSA está desarrollando el Proyecto denominado ‘Potencia P135’, el cual le permitirá incrementar la capacidad de transporte por el Oleoducto que transcurre de sur a norte desde los campos de Cupiagua y Cusiana en el Casanare hasta el terminal de Coveñas en Sucre.

*“Como parte del incremento de capacidad de transporte, es necesario ampliar la capacidad de almacenamiento de crudo en el terminal de Coveñas, siendo en consecuencia requerido aumentar la capacidad a cada uno de los tanques allí disponibles, para dar la versatilidad que requiere el Proyecto.”*¹²⁸

En el contexto particular anteriormente descrito, OCENSA previó la necesidad de incluir, dentro de las condiciones para la selección del contratista que ejecutaría las labores relacionadas con el aumento de capacidad de los tanques ubicados en la estación de Coveñas, la posibilidad de modificar el alcance del contrato en el sentido de excluir uno o varios Tanques. En efecto, aunque inicialmente se previó la posible ampliación de siete (7) Tanques, resulta razonable considerar que, debido a que este era sólo un componente de un proyecto mayor, podrían presentarse circunstancias que lo alteraran y que podrían dificultar su ejecución en los términos en los que inicialmente se diseñó. En este orden de ideas, y con fundamento en las pruebas a las que se ha hecho referencia, valoradas en su conjunto con los demás elementos de juicio que obran en el expediente, es factible concluir que la finalidad de la facultad unilateral de exclusión de Tanques era reservar al contratante la posibilidad de reducir el alcance de las Obras en caso de que, durante la ejecución del Contrato, se presentaran circunstancias que afectaran el proyecto en su conjunto y que motivaran la exclusión de algunos Tanques de la intervención inicialmente prevista.

¹²⁶ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. Pruebas para radicar. 1. Proyecto expansión de capacidad potencia 135 (P135).

¹²⁷ Numeral 1.1. del Pliego de Condiciones. Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 2. Etapa Precontractual – Ccto de Obra 3802174. 1. Pliego de condiciones.

¹²⁸ Cuaderno de Pruebas. Folio 2 A 488 PRUEBAS CONTESTACIÓN. 2. Copia de las especificaciones técnicas del proceso de selección.

5.2.1.4. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES UNILATERALES: EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA PREVENCIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

Delimitada en los anteriores términos la finalidad perseguida con el pacto de la facultad de exclusión de Tanques, corresponde analizar en este acápite el alcance de los límites que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de las facultades unilaterales. Lo anterior, toda vez que en la demanda reformada TECNITANQUES, si bien no controvierte la existencia y validez de la facultad a favor de OCENSA, sí reprocha la forma en la que esta fue ejercida. Por esta razón, es necesario establecer los criterios para valorar el comportamiento de OCENSA el decidir excluir los Tanques TK7311 y TK7312.

Como se advirtió en párrafos anteriores, en la contratación privada deben observarse ciertos límites cuando se trata del ejercicio de facultades unilaterales. En concreto, corresponden a los postulados de la buena fe objetiva y de la prevención del abuso del derecho. Al respecto, con ocasión del análisis de la facultad de terminación unilateral, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló:

“La jurisprudencia, reconoce en precisas circunstancias que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral, no configura de suyo un abuso de derecho (artículo 830, C. de Co), sin sentar una directriz general inflexible ni descartarlo a priori, por cuanto, podrá ser abusiva, y por regla general, en los casos legales o contractuales, la parte puede terminar el contrato con sujeción a la corrección, lealtad, buena fe y recto ejercicio de los derechos, pero en lo ‘...contractual tiene cabida el abuso del derecho..’, y puede ‘...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual’ (LXXX, 656; cas. civ. sentencias de 6 de diciembre de 1899, XV, 8; sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 11 de octubre de 1973, CXLVII, 82; 19 de octubre de 1994, exp. 3972), de donde, en armonía con el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, todas las personas están obligadas a ‘[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios’, deben ‘entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, verbi gratia, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo imponga’ (cas. civ. sentencia de 16 de septiembre de 2010, exp. 11001-3103-027-2005-00590-01).

“A esta directriz, se sujetan las prerrogativas ad nutum, ad libitum o a arbitrio, en cuyo ejercicio el titular no es ajeno ‘al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (arts. 95,1 C.P. y 830 C.Co), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios

irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero o a la simple volición' (cas. civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

“En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades.”¹²⁹

De conformidad con la jurisprudencia anteriormente citada, es posible afirmar que el ejercicio de toda facultad unilateral debe ajustarse a la buena fe y no debe ser abusivo. Procede, entonces, el Tribunal a analizar de manera individual estos dos límites y los criterios que de ellos surgen para valorar el comportamiento del sujeto que ejerce una facultad de esta naturaleza.

Como es suficientemente conocido, los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del Código de Comercio establecen que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, por lo que obligan no solo a lo expresamente pactado en ellos, sino también a aquello que corresponde a su naturaleza o que por ley les pertenece. Esta pauta de comportamiento cuenta también con consagración constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)”*. Estas normas se refieren a la buena fe objetiva, definida por la jurisprudencia como *“una regla -o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)”¹³⁰*. Así concebida, la buena fe objetiva se impone como un deber de conducta que se concreta en la corrección y la lealtad con la que se debe actuar en el tráfico jurídico. Es así que, quien ejerce una facultad unilateral, debe comportarse de forma honesta, leal, transparente y correcta.

Por otra parte, el abuso del derecho ha sido delimitado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en los siguientes términos:

“En contraste, en el abuso del derecho, una conducta, formal y aparentemente ajustada a la normatividad aplicable, entra en el terreno de lo ilícito cuando el ejercicio de la respectiva prerrogativa se realiza en forma contraria a su propia finalidad, teniendo en cuenta los principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico en el momento de hacer la respectiva evaluación.

“Lo expuesto en precedencia no escapa al ejercicio de las facultades que se reconocen a las personas en el campo de la autonomía privada, pues los comportamientos desviados, excesivos o anormales también pueden presentarse en la celebración, desarrollo o extinción de los negocios jurídicos. Como tiene explicado la Sala, el ‘abuso del derecho’ no sólo se presenta en la

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de agosto de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

*esfera particular del derecho de dominio o de otros derechos reales o personales, sino también ‘en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual’.*¹³¹

Como corolario de lo anterior, es posible sostener que el abuso del derecho corresponde al ejercicio de un derecho subjetivo con desviación de su finalidad, lo que se concreta en comportamientos que pueden calificarse como excesivos o anormales. En sentido similar, la doctrina nacional ha señalado que el abuso del derecho se presenta cuando una persona ejerce un derecho contractual con una finalidad distinta a la prevista o de forma desproporcionada, como sigue:

*“Igualmente, el abuso puede presentarse durante la ejecución del contrato, cuando una parte ejerce un derecho contractual con una finalidad distinta a la prevista en el contrato o en forma desproporcionada. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando una parte tiene la prerrogativa de decidir algún aspecto relativo a la ejecución del contrato y escoge la alternativa que es más perjudicial para la otra. Esta figura es particularmente importante en los contratos de larga duración en los cuales una de las partes se reserva la facultad de introducir ciertas modificaciones, por ejemplo, en el precio o remuneración, pues en principio ha de entenderse que tal facultad tiene por propósito hacer frente a los cambios que pueden presentarse en las circunstancias económicas que rodean la ejecución del contrato, y por ello no puede ejercerse para alterar el equilibrio económico estipulado, de tal manera que una parte termine obteniendo todo el beneficio del contrato y sacrifique a la otra.”*¹³²

Con fundamento en lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina en relación con los límites al ejercicio de facultades contractuales unilaterales, destaca el Tribunal los siguientes criterios que resultan útiles para valorar, en cada caso concreto, si se han respetado los postulados de la buena fe y de la prevención del abuso del derecho: (i) debe tratarse de un ejercicio leal, honesto y transparente, lo que implica actuar de forma tal que se tengan en cuenta los intereses de la contraparte y se opte por la alternativa que resulte menos lesiva a estos; (ii) en línea con lo anterior, quien ejerce una facultad unilateral debe evitar causar con su comportamiento un desequilibrio desproporcionado en la relación contractual; (iii) adicionalmente, el ejercicio de la facultad unilateral debe hacerse de forma oportuna, es decir, con una anterioridad razonable que permita que el otro contratante adopte las conductas que le permitan mitigar los efectos de la decisión de quien ejerce la prerrogativa; (iv) el ejercicio de la facultad unilateral debe comunicarse por mecanismos idóneos que garanticen que el otro contratante conozca la decisión del titular de la prerrogativa y su alcance, puesto que solo produce efectos luego de que se informa su ejercicio; (v) debe observar las formalidades contractualmente convenidas; y (vi), por último, el ejercicio de una facultad unilateral debe responder a la finalidad por la cual fue inicialmente pactada, por lo que se proscriben comportamientos cuyo único propósito sea, por ejemplo, lesionar las expectativas del otro contratante.

Establecido lo anterior, procede el Tribunal a estudiar las circunstancias en las que OCENSA ejerció la facultad de exclusión de Tanques.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

¹³² Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Contratos. Notas de clase*. Primera Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2020). p. 19.

5.2.1.5. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD UNILATERAL POR PARTE DE OCENSA EN EL CASO CONCRETO

Mediante comunicación que el Tribunal ha concluido que fue remitida el 18 de abril de 2017, OCENSA le comunicó a TECNITANQUES su decisión de excluir los Tanques TK 7311 y 7312 del alcance de las Obras objeto del Contrato No. 3802174. En esta comunicación, OCENSA únicamente señaló que su decisión la tomaba “de acuerdo con la facultad que tiene La compañía de excluir un determinado tanque enviando una notificación al contratista con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de cada Tanque, así lo establece el numeral 3.02 de la cláusula tercera del contrato”¹³³. En este escrito no se expresan los motivos por los que OCENSA optó por ejercer la facultad de exclusión, como resulta natural al tratarse de una facultad *ad nutum*.

Sin embargo, en el informe escrito rendido por el representante legal de OCENSA, señor Alexander Cadena Motezuma, se explicaron las razones por las que la Convocada tomó la decisión de excluir los Tanques TK7311 y TK7312, en los siguientes términos:

“6. ¿Con base en qué elementos, razones o argumentos Ocesa tomó la decisión de excluir los tanques TK7311 y TK7312?”

“Tanto en la solicitud privada de ofertas, como en el Contrato 3802174 (Secciones 3.02 y 7.03), la posibilidad de excluir tanques del alcance del contrato era un derecho de Ocesa, siempre que no se hubiese firmado acta de inicio de obras de cada tanque. Esto responde a una metodología empleada en la industria que permite ir, paso a paso, en cada contrato, definiendo la ejecución que efectivamente requiera la empresa. Adicionalmente, era estratégico conocer el costo real de intervención de un tanque para determinar si era viable económicamente continuar o en caso contrario optar por otras alternativas para la ampliación de capacidad del terminal. Los contratistas invitados a los procesos de solicitud privadas de ofertas conocían desde el inicio que Ocesa se reservaba este derecho y conocían la metodología que se implementaría.

“El contrato se planeó, estructuró, negoció y celebró con la facultad discrecional de Ocesa de excluir tanques, entre otros motivos, por [el] alto costo que implicaba el proyecto de ampliación de tanques y las características del mercado crudo que es altamente volátil y sus cambios pueden impactar repentinamente la operación de los transportadores de petróleo por oleoductos como OCENSA.

“Durante la ejecución del Proyecto P-135, se presentó una caída abrupta de los precios del petróleo, lo que llevó a que los productores modificaran sus pronósticos de producción y proyecciones de volúmenes a transportar. Atendiendo a las condiciones cambiantes del mercado, en el año 2015 la Junta Directiva de Ocesa aprobó una optimización del alcance de Proyecto P-135, como resultado del cambio de condiciones del mercado.

¹³³ Cuaderno de Pruebas. Folio 2 A 488 PRUEBAS CONTESTACIÓN. 27. Copia de la comunicación de OCENSA del 18 de abril de 2016 remitida a TECNITANQUES.

“Con la disminución de proyecciones y, en consecuencia, de las nominaciones de los remitentes que son los usuarios del servicio de transporte por oleoducto, Ocesa encontró que podría operar el oleoducto optimizando operativamente el almacenamiento existente, reduciendo los equipos de bombeo y de generación que inicialmente se habían proyectado para las condiciones de mercado que existían al iniciar con el Proyecto P-135. En la medida en que se presentó un cambio significativo del mercado, ya no era indispensable realizar todas las adecuaciones inicialmente programadas. Por ello, Ocesa ejerció su facultad discrecional de excluir tanques del alcance del contrato.”¹³⁴

En este mismo sentido, la testigo María Paula Camacho Roza, quien trabajó como Secretaria General de OCENSA hasta octubre de 2017, explicó que la exclusión de los Tanques TK7311 y TK7312 estuvo motivada por la crisis de los precios del petróleo que se presentó durante la ejecución del contrato. Como consecuencia de esta crisis, OCENSA tuvo la necesidad de optimizar el proyecto del que hacía parte el contrato celebrado con TECNITANQUES, lo que implicó excluir los dos Tanques respecto de los cuales aún no se había suscrito el Acta de Inicio de Obras. Asimismo, precisó lo siguiente:

“DR. SOLARTE: Gracias presidente doctora María Paula buenos días, un par de preguntas ya creo que muchos de los temas han sido abarcados por el cuestionario del presidente y la doctora Carmenza, ¿qué fue de la suerte del proyecto P135, ¿qué pasó luego de esa situación de precios bajos del petróleo y que llevó digamos a que el proyecto tuviera que replantearse qué pasó con ese proyecto de ampliación?”

“SRA. CAMACHO: Con ese proyecto de ampliación pues es importante mencionar que para poder hacer el proyecto Ocesa tenía que asegurar la demanda de la capacidad de transporte que esto vuelve a suceder en procesos de infraestructura de esta naturaleza, entonces para poder sancionar el proyecto aprobarlo y sacarlo adelante Ocesa había firmado contratos de transporte con varias compañías algunos productores de petróleo otros comercializadores de crudo y por lo tanto tenía comprometida la totalidad de la capacidad.

“Entonces en el momento en que pues se enfrenta la crisis este era un proyecto y tal vez para que todos tengan una dimensión de lo que era esto el presupuesto del proyecto original era de casi 750 millones de dólares y cuando sucede la crisis y lo que se observa es que las proyecciones de producción del país no iban a ser las que originalmente se previeron pues la compañía hace un proceso de reflexión técnico, económico muy profundo porque sin duda existía un compromiso contractual con quienes habían comprado esa capacidad.

“Pero también era digamos absolutamente indispensable asegurar que el nivel de la inversión fuera el óptimo porque pues no era seguro qué podía pasar en el sector ante esta crisis, entonces les mencionaba hace un momento que ese proyecto tenía dos componentes básicos uno era asegurar

¹³⁴ Cuaderno de Pruebas. Folio 489-498. Informe escrito bajo juramento RL Ocesa.

la redundancia en el bombeo y asegurar la redundancia en la generación eléctrica y por otro lado asegurar el almacenamiento suficiente se iban a invertir.

(...)

“Entonces la optimización del proyecto se basó principalmente en reducir la redundancia tanto en el bombeo como en el suministro de electricidad así como disminuir las capacidades de almacenamiento o en otras palabras pues se toma la decisión de no construir almacenamiento adicional y eso es lo que da lugar a la decisión en Tecnitanques.”¹³⁵

Respecto de lo declarado por el representante legal de OCENSA y por la testigo María Paula Camacho, TECNITANQUES, en sus alegatos de conclusión, manifestó que la caída de los precios del petróleo se presentó en realidad en el año 2014, incluso antes de la suscripción del Contrato. Consideró, entonces, que para la fecha de celebración del Contrato OCENSA ya conocía la tendencia a la baja de los precios del petróleo, por lo que no se trató de una situación sobreviniente que motivara el ajuste del Contrato. Adicionalmente, manifestó que no existió una variación sustancial en el precio del petróleo que justificara la necesidad de hacer uso de los mecanismos de corrección del alcance del Contrato.

Sobre el particular, encuentra el Tribunal que, si bien de conformidad con información pública la caída de los precios del petróleo inició en el año 2014, lo cierto es que sus efectos se prolongaron en el tiempo y era difícil prever la duración y el alcance que tendría, así como su impacto en el mercado. Por esta razón, resultaba aún más necesario incluir en el Contrato un mecanismo que le permitiera a OCENSA adecuarlo a las circunstancias que se pudieran presentar durante su ejecución y al desenvolvimiento de la crisis de los precios del petróleo que ya había iniciado.

En este sentido, se destaca que en el informe del Gerente del Banco de la República de julio de 2017 se señala que *“la caída de los precios del petróleo a partir de mediados de 2014 generó importantes desbalances macroeconómicos y redujo el crecimiento de largo plazo de la economía colombiana. El alcance y duración de estos efectos se explica por los múltiples vínculos de la actividad petrolera con los demás sectores económicos del país, y por la propia naturaleza del choque, cuyo carácter, magnitud y persistencia no era posible anticiparlo”*¹³⁶. Y, en relación con el comportamiento del mercado en el primer semestre del 2017, la Unidad de Planeación Minero-Energética – UPME, en el documento de mayo de 2020 titulado *“Evolución y Perspectivas del Precio del Petróleo”*, explicó que *“iniciando el 2017 los precios del crudo mostraron un leve descenso con disminución de la oferta y demanda, aun cuando se ubicaba por encima de los mínimos alcanzados en 2016, terminando el primer semestre con un comportamiento volátil”*¹³⁷.

En ese contexto, es claro que para la fecha en la que OCENSA ejerció la facultad de exclusión de Tanques (abril de 2017), las condiciones del mercado del petróleo

¹³⁵ Cuaderno de Transcripciones. Transcripción audiencia 21 08 2020 (testimonios María Angélica Cubillos y María Paula Camacho). p. 21-22.

¹³⁶ Banco de la República. Informe del Gerente. No. 2 – julio 2017. ISSN 2590-9061.

¹³⁷ Unidad de Planeación Minero-Energética – UPME. Evolución y perspectivas del precio del petróleo. Mayo de 2020.

eran aún inciertas en relación con la crisis que había iniciado en el 2014, comoquiera que dicha situación aún no se había superado. El Tribunal observa, igualmente, que el impacto de la volatilidad de los precios del petróleo se puede advertir con alguna tardanza en el mercado del transporte del crudo, pues es con posterioridad a tales fluctuaciones que las empresas del sector de exploración y explotación de hidrocarburos adoptan las decisiones sobre su transporte.

Por lo tanto, lo razonable para OCENSA, luego de valorar su situación según lo que ya se había ejecutado y lo que estaba pendiente, fue la “optimización” del proyecto de ampliación P 135, y, en ese contexto, excluir los dos Tanques restantes del alcance del Contrato. En consecuencia, contrario a lo que sostiene la Convocante, lo afirmado por OCENSA en lo relativo a las razones que motivaron la exclusión de los Tanques TK7311 y TK7312 coincide con la realidad del mercado para el primer semestre del 2017, según los informes oficiales a los que se ha hecho referencia. Así las cosas, es claro que la finalidad perseguida por la Convocada sí fue la de ajustar el Contrato a la nueva realidad del sector, luego de hacer una valoración de sus necesidades tras la finalización del primer Tanque (TK7313).

De conformidad con el análisis realizado por el Tribunal, y con fundamento, particularmente, en las explicaciones ofrecidas tanto por el representante legal de OCENSA como por la testigo María Paula Camacho, se concluye que OCENSA decidió excluir los Tanques TK7311 y TK7312 del alcance del Contrato porque se presentó una situación externa, como lo fue la volatilidad de los precios del petróleo en la época de ejecución del Contrato, que impactó el proyecto P135 e implicó adoptar medidas para optimizarlo. Entre las distintas alternativas se encontraba la de limitar el alcance del Contrato No. 3802174, para asegurar que el almacenamiento se ampliara en el volumen que efectivamente se iba a requerir en el nuevo contexto del sector. Por estas razones, encuentra el Tribunal que el ejercicio de la facultad de exclusión se basó en consideraciones atinentes a la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se determinó el alcance inicialmente previsto en el Contrato.

Ahora bien, establecido en estos términos el motivo de la decisión de OCENSA, se estudiarán individualmente los reparos formulados por TECNITANQUES:

a. Ejercicio de una facultad inaplicable

En primer lugar, TECNITANQUES sostiene que OCENSA pretendió ejercer, en apariencia, la facultad de exclusión de la que trata la cláusula 3.02 del Contrato, cuando en realidad se trató del ejercicio de una facultad de terminación unilateral, sin que en la cláusula correspondiente del Contrato (cláusula 16) se hubiera pactado esta causal de terminación.

Sobre el particular, considera el Tribunal que debe distinguirse la facultad de terminación unilateral, en sentido estricto, del efecto que puede producir la exclusión de Tanques cuando, luego de adoptada la decisión, no queda ningún otro Tanque pendiente por ejecutar.

En efecto, la terminación unilateral consiste en la facultad que se le reconoce a una de las partes de dar por terminado el contrato de manera anticipada, por la ocurrencia de alguna de las circunstancias pactadas por las partes o por su sola

voluntad. En este supuesto, el contrato se extingue antes de que se hayan satisfecho todas las obligaciones que de él surgieron. Por el contrario, cuando se ejerce la facultad de exclusión, analizada previamente, lo que sucede es que se limita el alcance del objeto del contrato al suprimir uno o varios Tanques determinados.

En consecuencia, si luego de la exclusión no queda ningún Tanque pendiente, el contrato termina por cumplimiento de su objeto, puesto que se habrán ejecutado todas las obras que finalmente quedaron comprendidas en el alcance tal y como fue modificado.

Por lo anterior, no es posible afirmar que OCENSA, invocando en apariencia la facultad de exclusión de tanques, en realidad hubiera ejercido una facultad de terminación unilateral que no le fue conferida en el Contrato. Por el contrario, lo que ocurrió en el caso es que estaba pendiente la etapa de Gestión de Compras y Construcción y Montaje de las Obras de los Tanques TK7311 y TK7312, y antes de que se suscribiera el Acta de Inicio de Obras de cada uno, OCENSA comunicó su decisión de excluir ambos Tanques. Como resultado de esta decisión, el contenido del Contrato quedó reducido al Tanque TK7313, respecto del cual ya se había suscrito la correspondiente Acta de Finalización. En este orden de ideas, el Contrato terminó por cumplimiento de su objeto y no por el ejercicio de una facultad unilateral de terminación.

b. Ejercicio inoportuno de la facultad de exclusión

En lo que respecta a la oportunidad para ejercer la facultad de exclusión, se señala en la cláusula 3.02 del Contrato que, ***“en cualquier momento con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, el Contratante podrá enviar una Notificación al Contratista informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras objeto de este Contrato (el ‘Tanque Excluido’)”*** (se destaca). Es claro el texto del negocio jurídico al establecer que OCENSA podría ejercer la facultad unilateral de exclusión hasta antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras del Tanque que pretendía excluir.

Siguiendo este derrotero, en el caso concreto se observa que la facultad fue ejercida mediante comunicación enviada el 18 de abril de 2017, sin que para esa fecha se hubiera suscrito el Acta de Inicio de Obras de los Tanques TK7311 y TK7312. En consecuencia, el ejercicio de la facultad unilateral de exclusión fue oportuno.

c. Ejercicio excesivo porque solo se podía excluir un tanque

TECNITANQUES manifiesta que OCENSA únicamente contaba con la facultad de excluir un (1) Tanque, motivo por el cual resulta excesiva su decisión al haber optado por excluir dos (2) Tanques. Esta interpretación surge del tenor literal de la cláusula 3.02 del Contrato, en la que se señala que OCENSA, ***“con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, el Contratante podrá enviar una Notificación al Contratista informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras”*** (se destaca).

Contrario a lo que sostiene la Convocante, para el Tribunal resulta claro que la expresión ***“un determinado Tanque”*** no implica un límite cuantitativo a la facultad de

exclusión, sino que se refiere a la necesidad de individualizar el o los Tanques que dejarían de hacer parte del objeto del contrato. A esta conclusión se llega, de conformidad con lo establecido en los artículos 1621 y 1622 del Código Civil¹³⁸, luego de valorar en su conjunto las distintas cláusulas del Contrato a la luz de su naturaleza.

En primer lugar, se reitera que el contrato objeto de la controversia se inscribió en el marco del proyecto P135 que tenía por finalidad ampliar la capacidad de operación del oleoducto de OCENSA y sus distintas estaciones. En este contexto se estableció la posibilidad inicial de ampliar la capacidad de siete (7) Tanques ubicados en la estación de Coveñas y, desde el pliego de condiciones, se señaló que OCENSA podría excluir “*un determinado Tanque*”. Esta facultad de exclusión, concebida desde el pliego de condiciones, únicamente resulta razonable y útil para el fin práctico perseguido si se considera que OCENSA podía excluir más de un (1) Tanque. La alternativa contraria carecería de sustento toda vez que excluir solo un (1) Tanque de siete (7) no satisface en realidad la necesidad que motivó su pacto: limitar el alcance del objeto conforme a las circunstancias que en la práctica se fueran presentando durante su ejecución. Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato debe interpretarse en armonía con lo establecido en el pliego de condiciones, la expresión “un determinado Tanque” debe entenderse en el sentido previamente expresado: no es un límite cuantitativo sino corresponde al deber de individualizar el o los Tanques que serían excluidos.

A lo anterior se suma que en la cláusula 5.01 del Contrato se pactó que, para efectos de “*facilitar la eventual exclusión de Tanques*” (se destaca el uso del plural en esta cláusula), para cada Tanque se fijaría de forma individual la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje, como efectivamente se hizo. Esta forma de pactar la remuneración del contratista se justifica en la medida en que era necesario conocer la suma a la que tendría derecho por cada uno de los Tanques, de manera que si se optaba por excluir uno o varios, previamente individualizados, se pudiera calcular con facilidad la suma efectivamente debida al contratista. Esto reitera que la expresión “*un determinado Tanque*” se refiere al deber que tenía OCENSA de especificar cuál o cuáles de los Tanques inicialmente comprendidos en el objeto del Contrato serían excluidos. En consecuencia, al interpretar la cláusula 3.02 en conjunto con otras cláusulas del Contrato, se concluye que la facultad de OCENSA no estaba limitada a un (1) Tanque.

Finalmente, de la propia redacción de la cláusula 3.02 se colige su verdadero alcance. En la cláusula mencionada se señala que “*en cualquier momento con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, el Contratante podrá enviar una Notificación al Contratista informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras objeto de este Contrato (el ‘Tanque Excluido’)*”. El énfasis de la cláusula transcrita se encuentra en la delimitación de la oportunidad en la que se puede ejercer la facultad de exclusión: antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras. De allí se sigue la importancia de individualizar los Tanques que iban a ser objeto de exclusión, puesto que

¹³⁸ “ARTICULO 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. // Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.
“ARTICULO 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

resultaba fundamental verificar que respecto de ellos no se hubiera suscrito el Acta de Inicio de Obras.

Se insiste, entonces, en que la interpretación que resulta acorde con la naturaleza del contrato, con lo establecido en la etapa precontractual y con las demás cláusulas del Contrato, es que la expresión “*un determinado Tanque*” no comporta una limitación cuantitativa respecto de la cantidad de Tanques que podían excluirse, sino un deber de individualización de los Tanques que habrían de suprimirse.

d. Ejercicio de mala fe

En relación con el planteamiento de la Convocante, según el cual la facultad de exclusión de Tanques habría sido ejercida de mala fe por parte de OCENSA, debe señalar el Tribunal que en el caso concreto no se encuentra acreditada la mala fe de la Convocada al ejercer la citada facultad de exclusión unilateral. Por el contrario, el Tribunal concluye que la Convocada actuó de forma leal y correcta al optar por la exclusión de los Tanques TK7311 y TK7312.

En efecto: (i) desde la etapa precontractual, OCENSA fue transparente e informó de manera clara y suficiente a TECNITANQUES sobre la existencia y el alcance de la facultad de exclusión de Tanques¹³⁹; (ii) la decisión de excluir los dos Tanques mencionados se debió al efecto generado por la crisis del precio del petróleo que impactó el proyecto y obligó a OCENSA a optimizarlo mediante diversas medidas, entre otras, la reducción de la capacidad de almacenamiento a la realidad del mercado, por lo que se trató de un ejercicio razonable y justificado, conforme con la finalidad que motivó su pacto; y (iii), finalmente, aunque se presentaron debates sobre la fecha de la comunicación por medio de la cual OCENSA informó el ejercicio de esta facultad, lo cierto es que la misiva de que se trata, que el Tribunal ha concluido fue enviada el 18 de abril de 2017, fue recibida por TECNITANQUES y comunicada antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras.

Respecto del último punto mencionado, esto es, la notificación del ejercicio de la facultad de exclusión, destaca el Tribunal que la comunicación remitida por OCENSA no desconoce lo pactado en la cláusula 18.01 del Contrato sobre notificaciones. En efecto, en la cláusula 3.02 del Contrato se señala que, para el ejercicio de la facultad de exclusión, OCENSA debía enviar una “Notificación” a la Convocante, término que se encuentra definido en el numeral (lxxv) de la cláusula 1.01 del Contrato, así: “*significa una notificación efectuada conforme a las reglas establecidas en la Sección 18.01*”. En esta sección se señala que “*las comunicaciones entre las Partes en relación con este Contrato deberán hacerse por escrito por cualquier medio que evidencie la fecha exacta en que haya sido enviada la comunicación y recibida por la otra Parte, tales como facsímil, correo electrónico, correo aéreo certificado, mensajería aérea (Courier) con constancia de entrega personal, o mediante entrega personal, a las direcciones que se indican a continuación*”; sin embargo, las direcciones no están especificadas en el Contrato.

¹³⁹ Cuaderno de Pruebas. Folio 2 A 488 PRUEBAS CONTESTACIÓN. 1. Copia de la solicitud privada de oferta remitida por OCENSA a TECNITANQUES del 24 de octubre de 2014. Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 2. Etapa Precontractual – Ctto de Obra 3802174. 1. Pliego de condiciones.

Ahora bien, aunque la cláusula citada guarda silencio respecto de quién debía enviar la comunicación en representación de OCENSA, la Convocante reprochó que la comunicación remitida por OCENSA no estuviera suscrita por la persona que tenía la calidad de administradora del Contrato. Sobre el particular, el testigo Antonio Miguel Corena Sarmiento declaró lo siguiente:

“DR. NAMÉN: Usted, tal vez le entendí, don Antonio Miguel Corena, que dirigió esa comunicación como administrador del contrato.

“SR. CORENA: No, señor presidente, que se firmó porque era parte de lo que estaba relacionado contractualmente, donde este negocio que es tan versátil, pues ambas, Tecnitiques y Ocesa, conocían de esta posibilidad de firma y Ocesa tomó dicha opción, yo no la firmé, yo me encontraba de vacaciones, pero la firmó la persona encargada de la gerencia norte, que tiene las mismas responsabilidades de administrador de contrato y fue quien firmó la carta, que es el ingeniero Héctor Fabio Valencia.

(...)

“SR. CORENA: Doctora María Paula, me deja ver la firma, por favor? Ya vi la fecha, que no me acordaba exactamente, pero está claro, como le expliqué al señor presidente, que era abril del 2017, no me acordaba el día pero ahí está; y al doctor Santos le decía que esa carta fue firmada por el señor presidente, por Héctor Fabio Valencia, que como reposa en su firma dice E, que significa encargado, yo en ese momento estaba de vacaciones y él emite este documento para exceptuar los tanques 7311 y 7312.”¹⁴⁰

De conformidad con la declaración del señor Antonio Miguel Corena, cuyo contenido no fue infirmado, es claro que la comunicación de exclusión de Tanques fue suscrita por la persona que, para la fecha de su remisión, actuaba como encargada de la Gerencia Norte de OCENSA, y, en tal calidad, como encargada de la administración del Contrato. Por lo tanto, no son de recibo los reproches formulados por TECNITANQUES en el sentido de que la comunicación a la que se ha hecho referencia no fue suscrita por quien estaba facultada para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta al hecho de que la comunicación tuviera como fecha el 17 de abril de 2016, esto es, aparentemente un año antes de su remisión, OCENSA ha reconocido que se trató de un error en el documento, pero que en todo caso en el sello en el que consta el envío de la misma se encuentra la fecha en la que realmente se remitió la carta, que el Tribunal ha concluido fue el 18 de abril de 2017. Los testigos Antonio Miguel Corena¹⁴¹ y María Paula Camacho¹⁴² manifestaron que la carta se remitió en el mes de abril del año 2017. Igualmente, TECNITANQUES manifestó haber recibido dicha comunicación en abril de 2017,

¹⁴⁰ Cuaderno de Transcripciones. Transcripción audiencia 30 06 2020 (Testimonio Antonio Miguel Corena Sarmiento). p. 2 y 26.

¹⁴¹ Cuaderno de Transcripciones. Transcripción audiencia 30 06 2020 (Testimonio Antonio Miguel Corena Sarmiento). p. 27.

¹⁴² Cuaderno de Transcripciones. Transcripción audiencia 21 08 2020 (testimonios María Angélica Cubillos y María Paula Camacho). p. 19.

según lo expresó el representante legal de la Convocante en su declaración¹⁴³. En este orden de ideas, si bien es cierto que la comunicación tiene como fecha el 17 de abril de 2016, la Convocada nunca ha pretendido darle efectos desde entonces, sino que ha reconocido que se remitió en abril de 2017, época en la que, según lo declara TECNITANQUES, efectivamente fue recibida.

En consecuencia, según lo pactado en el Contrato y lo acreditado en el proceso, encuentra el Tribunal que la comunicación fue enviada en debida forma.

5.2.1.6. EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE OCENSA POR NO HABER PUESTO A DISPOSICIÓN DE LA CONVOCANTE LOS TANQUES TK7311 Y TK7312 (PRETENSIÓN SEGUNDA DE LA DEMANDA REFORMADA)

Según lo expuesto en los acápites precedentes, el Tribunal ha concluido que el ejercicio de la facultad de exclusión de Tanques por parte de OCENSA se ajustó a lo pactado en el Contrato, así como a los postulados de la buena fe y de la prevención del abuso del derecho. Como consecuencia de lo anterior, es claro que no existió un incumplimiento de la Convocada por no haber puesto a disposición de TECNITANQUES los Tanques TK7311 y TK7312.

Al respecto, debe observarse que en la cláusula 7.03 del Contrato se pactó lo siguiente:

“7.03 Inicio de las Obras

“El Plazo Máximo de Entrega de cada uno de los Tanques empezará a correr a partir de la suscripción entre el Contratista, Contratante e Interventor de un acta de inicio de las obras que se suscribirá para cada Tanque (el ‘Acta de Inicio de las Obras’).

“La fecha, hora y lugar para la firma del Acta de Inicio de las Obras en relación con cada uno de los Tanques, será notificada por el Contratante al Contratista con una antelación no menor a 3 días hábiles a la fecha en la cual se debe firmar el Acta de Inicio de las Obras.

“(…)”

“Teniendo en cuenta que en aplicación de la Sección 3.02, el Contratante tiene la facultad de excluir un determinado Tanque antes de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras correspondientes, el Contratista sólo podrá iniciar las labores de Gestión de Compras y Construcción y Montaje en relación con un determinado Tanque a partir de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras. La anterior restricción no aplicará: i) En relación con la compra de las láminas de cuerpo necesarias para la ejecución y terminación de las Obras, de conformidad con lo dispuesto en la sección 6.01; ii) En relación con el primer Tanque en virtud del Programa Maestro de Trabajo, frente al cual el Contratista

¹⁴³ “SR. FRANCO: Ocesa nunca entregó una carta real sobre sobre la exclusión de estos tres tanques, la carta que llegó fue prácticamente un prevaricato o no sé qué, la carta llegó con fecha un año después y eso es un problema por falta de no sé de qué, pero la carta la hicieron con fecha de abril 2016, pero la mandaron al correo en abril del 2017 (...)”. Cuaderno de Transcripciones. Transcripción audiencia 26 06 2020 (Interrogatorio y declaración de parte de Eugenio Franco Delgado). p. 16.

podrá iniciar las labores de Gestión de Compras a partir del Acta de Inicio del Contrato.”

Por su parte, en el numeral (lxxxi) de la cláusula 1.01 del contrato se definió el “*Plazo Máximo de Entrega*” así: “*significa en relación con cada Tanque, el plazo incluido en el Programa Maestro de Trabajo contado a partir del Acta de Inicio de las Obras de un Tanque determinado, en el cual el respectivo Tanque deberá entregarse al Contratante y deberá cumplir con las Condiciones de Aceptación*”.

De conformidad con lo pactado en las cláusulas citadas, encuentra el Tribunal que la intervención de cada Tanque individualmente considerado dependía de la suscripción de la respectiva Acta de Inicio de las Obras, comoquiera que hasta antes de que dicha circunstancia se presentara, OCENSA podía optar por excluir del alcance del Contrato el o los Tanques de los que se tratara. Por lo tanto, el deber de entrega o puesta a disposición de un determinado Tanque para efectos de que la Convocante iniciara las labores de Gestión de Compras y Construcción y Montaje estaba sujeto a que se suscribiera el Acta mencionada. Lo anterior, debido a que, una vez formalizada, OCENSA no podía optar por excluir el Tanque respectivo del alcance de contrato.

En este orden de ideas, habiéndose excluido válidamente los Tanques TK7311 y TK7312 del alcance del Contrato, no surgió para OCENSA la obligación de ponerlos a disposición de TECNITANQUES para que fueran intervenidos. Por consiguiente, la pretensión segunda de la demanda reformada no está llamada a prosperar, puesto que no existió incumplimiento alguno de OCENSA por la omisión que se le imputa, esto es, no haber puesto a disposición de la Convocante los Tanques TK7311 y TK7312.

5.2.1.7. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis realizado anteriormente, deben negarse las pretensiones segunda y tercera de la demanda reformada, así como las pretensiones primera, segunda y tercera subsidiarias de la pretensión tercera, puesto que OCENSA ejerció en debida forma la facultad unilateral de exclusión de Tanques. En consecuencia, también deben negarse las pretensiones cuarta, quinta y sexta, incluidas las pretensiones subsidiarias y consecuenciales de esta última, puesto que no hay un incumplimiento ni un abuso que dé lugar a una indemnización de perjuicios a favor de TECNITANQUES.

Prosperan las excepciones de mérito denominadas “A.2. *EJERCICIO VÁLIDO Y OPORTUNO DE LA FACULTAD CONTRACTUAL DE OCENSA PARA EXCLUIR TANQUES – FACULTAD CONOCIDA Y ACEPTADA POR TECNITANQUES*”; “B. *BUENA FE DE OCENSA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO*” y “N. *INEXISTENCIA DE ABUSO POR PARTE DE OCENSA*”. Con fundamento en lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso, el Tribunal no se pronunciará respecto de las demás excepciones de mérito relativas a las pretensiones que se refieren al ejercicio de la facultad de exclusión de Tanques, comoquiera que basta con la prosperidad de las dos excepciones mencionadas para enervar las pretensiones estudiadas en este acápite.

5.3. PRETENSIONES DE PAGO DEL HITO DE LOS PREFABRICADOS

En las pretensiones Décima Primera y Décima Segunda de la demanda reformada se solicita declarar la obligación de OCENSA de pagar a TECNITANQUES *“el hito de prefabricación de los Tanques TK7311 y TK7312, de acuerdo con el Anexo 5.03 del Contrato 3802174”* y *“en consecuencia condenarla a pagar la suma de \$10.680.307.366, correspondiente al hito contra la entrega de la prefabricación, fase de construcción y montaje, por el 40% del valor de la suma global fija de construcción sin incluir el valor del soporte técnico”* (Pretensiones iguales a las respectivas de la demanda inicial, salvo en cuanto al valor que en ésta se solicitó en \$10.604.560.504).

En subsidio de la pretensión Décima Primera, la Demandante pide declarar la obligación de pagar el hito de prefabricación de los Tanques TK7311 y TK7312 *“según los valores que arroje la liquidación a precios unitarios, que se estima en \$4.342.741.452”* y condenar a la Convocada a pagarla (pretensiones subsidiaria de la Décima Primera, y Primera Consecuencial, iguales a la demanda inicial, excepto respecto del valor que en ésta se pretendió en \$4.692.577.569)

5.3.1. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE

En concepto de la Convocante, la conducta de las partes modificó o permite entender la modificación del Contrato No. 3802174 en cuanto a la simultánea iniciación de los prefabricados de todos los tanques, su ejecución, entrega, causación y pago sin requerir la orden de inicio estipulada para cada uno, ni excluirlo de la solemnidad convencional pactada en la Sección 18.06, en virtud de la eficacia del comportamiento durante su ejecución, la autonomía privada, la buena fe objetiva, el *venire contra factum proprium non valet* y la confianza legítima inspirada con sus actos u omisiones.

A su juicio, desde la etapa precontractual las alternativas de eficiencia propuestas comportaban la prefabricación simultánea para todos los tanques, se conocía el plan de ejecución en paralelo de la totalidad de los prefabricados, sin conocerse cuál o cuáles tanques serían excluidos ni seleccionados para el mantenimiento, como acreditan la solicitud privada inicial de ofertas No. SPO-3000006659 y la posterior No. 300006934 de 24 de octubre de 2014, las propuestas de 16 de septiembre de 2014 y de 29 de octubre de 2014 aceptada el 21 de noviembre de 2014, el Programa Maestro de Trabajo (PMT) entregado con la oferta, aprobado por OCENSA e integrante del Contrato (Cláusula 7.01), que previó iniciar la prefabricación de todos los tanques el 24 de abril de 2015 y concluirla el 22 de junio de 2015, según además concluye el dictamen pericial de la perito Luz Mélida Gamboa en la respuesta a la pregunta 5.

Aduce que informó a OCENSA la ejecución simultánea de los prefabricados para los tres tanques, antes y durante su avance y terminación, como consta en su comunicación de 20 de mayo de 2015, y en las Actas de Comité de Proyectos No. 005 de 20 de mayo de 2015, No. 014 de 27 de agosto de 2015, No. 016 de 18 de septiembre de 2015 y el Acta de avance de prefabricados 04 de 25 de febrero de 2016, suscritas por su Gerente de Proyectos, Eduardo Aponte, y por Miller González, Gerente del Proyecto y representante de OCENSA según la sección 10.01 del Contrato, demostrativas del conocimiento respecto del inicio y ejecución

en paralelo de los prefabricados de todos los tanques sin reparo alguno, encontrando su terminación “*satisfactoria de acuerdo a los planos revisados por el área de Integridad de Ocesa S.A.*”, cuya conducta tiene la relevancia suficiente para fundar su convicción de estar actuando conforme al Contrato, y respecto de la cual no puede ir en contra de sus propios actos.

Habiendo ejecutado y entregado la totalidad de los prefabricados para los tres tanques, sostiene que se habría dado la causación del hito de pago para la fase de construcción y montaje, conforme a la comunicación OP-1471 de 21 de noviembre de 2014 y el Anexo 5.01 del Contrato, a cuyo pago tiene derecho, por cuanto OCENSA se obligó a pagar el “*40 % del valor de la suma global fija de construcción sin incluir el valor del soporte Técnico*” al cumplimiento por hito de pago “[a] la entrega de la prefabricación”.

El Contrato se pactó “llave en mano”, a precio global fijo determinado por el sistema de libro abierto. La remuneración por el componente de los servicios de ingeniería fue acordada en la suma global fija total de COP\$ 814.434.678,33 incluido AIU antes de IVA (la “Suma Global Fija de la Ingeniería”), y por el de los Servicios de Gestión de Compras y la Construcción y Montaje de las Obras en una suma global estimada y determinada con la metodología de libro abierto, sujeta a ajustes mediante la determinación de las cantidades de los ítems contractuales de compras y construcción y de las cantidades de ítems no previstos en la ingeniería básica, de acuerdo con lo establecido en la ingeniería de detalle, multiplicada por los “precios revelados” para pasar de la suma global estimada a una suma global fija, y plantea como primera opción para retribuir los prefabricados la aplicación del valor estimado para cada tanque porque el sistema de libro abierto no se aplicó por la decisión de exclusión o, como segunda, de manera semejante al único tanque ejecutado al constituir un referente objetivo, en el que se pasó de una suma global estimada a una suma global fija.

5.3.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA

La Convocada se opuso a la pretensión objeto de análisis y en su alegato de conclusión reiteró el ejercicio legítimo de la facultad de exclusión de los tanques TK7311 y TK7312 “*antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras correspondiente*” (Sección 1.01, Definiciones, iii y Sección 7.03, inicio de obras) conforme a la Sección 3.02 del Contrato, en la que TECNITANQUES aceptó “*que la anterior decisión por parte del Contratante no constituye un incumplimiento del presente Contrato y que no generará el pago a favor del Contratista de ninguna compensación o indemnización en relación con el Tanque Excluido. Como consecuencia de la anterior Notificación, el Contratista no tendrá derecho a percibir la porción de la Remuneración en relación con el Tanque Excluido*”.

La remuneración, dice, se acordó para la ingeniería de los tres Tanques en una suma global fija que fue recibida por TECNITANQUES, y para la Gestión de Compras, Construcción y Montaje de Obras, en una suma global estimada para determinarla en una suma global fija a partir de los costos revelados con la metodología del libro abierto como lo prevé la Sección 5.01, que debía otorgar certeza de los costos efectivamente incurridos para cada tanque.

Respecto de los tanques TK7311 y TK7312, afirma que no se suscribió ni existe Acta de Inicio de las Obras, como confesó el representante legal de TECNITANQUES, y que la única suscrita se refiere al tanque TK7313. Asimismo, reitera que TECNITANQUES “*solo podía iniciar labores de compras, construcción y montaje en relación con un Tanque a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Obras*”, salvo “*dos excepciones a saber: (i) las compras de las láminas de los tres Tanques que OCENSA pagó (en exceso) a TECNITANQUES y (ii) la ejecución del primer Tanque el cual podía iniciar a partir del Acta de Inicio del Contrato*”. OCENSA notificó la exclusión de los tanques TK7311 y TK7312 antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras, considerando el esquema de remuneración y la metodología de reconocimiento económico, sin que para entonces existieran costos directos en la contabilidad de TECNITANQUES por la intervención de estos tanques según el dictamen pericial financiero del perito Carlos Jaimes.

La Convocante, agrega, carece de derecho para exigir el pago del cuarenta por ciento (40%) de la Suma Global para la Fase de Construcción y Montaje de los tanques TK7311 y TK7312 a la que no llegaron por su exclusión oportuna. El Contrato no se ha modificado con la formalidad escrita acordada en la Sección 18.06. Las actas de reuniones y las actas de prefabricados carecen de ese alcance y demuestran que se realizó un trabajo menor de rolado y biselado de lámina parcial a propio riesgo, con desatención del Contrato, y según su contabilidad acreditan que no culminó el 100% de los prefabricados.

Según la Sección 3.01 relativa al Objeto, las definiciones de Construcción y Montaje, y de obras (Sección 1.01, n. xxv y lxvii), el Anexo 5.01 sobre Construcción y Montaje y la oferta principal (Construcción y Montaje), la prefabricación no es un concepto aislado sino que es parte de la Fase de Construcción y Montaje, específicamente del *ítem* de Instalación que comprende la prefabricación y la instalación de la lámina en campo en esa fase y la suma global remunera todas esas actividades, no un componente aislado y menos aún los trabajos menores de roladura de lámina.

TECNITANQUES no ejecutó el *ítem* de instalación, tampoco el 100% de los prefabricados como está demostrado con su propia contabilidad y como lo determinó el dictamen pericial del perito Carlos Jaime en la respuesta a las preguntas 10, 31 y 41, sino que ejecutó en forma parcial algunos trabajos sobre la lámina. El Libro Abierto para el Tanque TK7313 en el *ítem* prefabricación describe el corte, rolado y bilesado en taller de las láminas para anillos uno, dos y tres, insertos del cuarto anillo, conexiones (ruanas), bridas manholes, bridas agitadoras (folio 339, Cuaderno de Pruebas, pruebas aportadas con la contestación de la demanda). Además, TECNITANQUES asumió el riesgo de hacer actividades simultáneas al preverse desde la estructuración del Contrato que la fase de Gestión de Compras, Construcción y Montaje sería sucesiva.

Tampoco demostró el valor efectivamente incurrido ni el pretendido en \$4.342.741.452 por los prefabricados de los tanques TK7311 y TK7312 que reclama bajo un sistema de precios unitarios.

5.3.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Según ya se ha anticipado, la señora Procuradora 134 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, en su concepto, previa reseña de las actuaciones

surtidas, la demanda, el *petitum* y sus fundamentos, la contestación y posición jurídica de la demandada, aborda el estudio sobre la procedencia del pago de los costos por el prefabricado de los tanques TK7311 y TK7312. Al efecto, analiza el Contrato y sus anexos, su objeto, las especificaciones técnicas PW135-PMD-ESP-009, el alcance del contrato, de la construcción y montaje, para puntualizar *“que tal y como se describe en el anexo 1 especificaciones técnicas PW135-PMD-ESP-009, las actividades a desarrollar por el contratista para la realización a entera satisfacción del objeto contractual son: - Ingeniería básica -Ingeniería de detalle- Compras de equipos y materiales- Construcción y Montaje- Soporte técnico a la puesta en marcha. Y dentro de la actividad de Construcción y Montaje la primera tarea que se enlista es ‘Desarrollar prefabricaciones en taller’, por lo que no cabe duda que el prefabricado de los tanques hacía parte de la construcción y montaje”*.

Luego de referir a la oferta presentada y a las estipulaciones contractuales que considera relevantes, en particular al objeto y alcance de las obras, de las cuales, en su sentir, *“se extraen dos presupuestos fundamentales; el primero, se reitera que una de las actividades a desarrollar por el contratista era la etapa de construcción y montaje, la cual incluía el prefabricado de los tanques, y el segundo, la potestad de Ocesa de excluir un determinado Tanque del alcance de las Obras objeto del Contrato, siendo la oportunidad y forma para hacerlo con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras del Tanque para cuyo fin debía enviar una Notificación al Contratista informándolo”*, expresa que conforme a *“la cláusula I, el numeral 4.02 y el 7.03 del contrato No. 3802174, son dos clases de acta de inicio, acta de inicio del contrato y acta de inicio de las obras, esta última es la que suscribirían el Contratista, el Contratante y el Interventor en relación con cada Tanque”*.

Apoyada en las fechas del programa maestro de trabajo para cada tanque, sostiene la programación de los prefabricados de los tres tanques *“para su realización en el mismo período, de manera simultánea y paralelamente”*.

Advierte que conforme a los informes mensuales de TECNITANQUES, y las Actas de reunión de 27 agosto de 2015, 8 septiembre de 2015 y 13 de enero de 2016, los prefabricados de los tres tanques se hicieron simultáneamente y ejecutó el 100% respecto de los tanques TK7311 y TK7312 como consta en el Acta No. 4 de 25 de febrero de 2016.

Reitera que para esos tanques no se firmó Acta de Inicio de obras; que OCENSA tenía la facultad de excluir un determinado tanque antes de la firma del acta de inicio y no obstante esta estipulación *“la realidad de la ejecución del contrato muestra que el prefabricado de los 3 tanques fue planeado en paralelo (programa maestro de trabajo) y elaborado en los TK 7311 y 7312 sin suscribir las actas correspondientes con el conocimiento y sin objeción de Ocesa. Esto es, aunque no se firmó el acta de inicio de obras de los tanques 7311 y 7312 se permitió el prefabricado por parte de OCENSA, sin que por ese hecho haya lugar a la aplicación del criterio de ‘riesgo creado’ por el contratista, como quiera que las consecuencias por las actividades no se originaron por determinación única de Tecnitiques”*, por lo que, *“en criterio del Ministerio Público procede el pago al contratista de los costos por el prefabricado de los tanques 7311 y 7312, pero no así de la utilidad por la ejecución total del contrato o indemnización por la exclusión de estos dos tanques, pues es claro que Ocesa tenía la potestad de excluir un determinado Tanque del alcance de las*

Obras objeto del Contrato”, no mediante el pago del 40% de la suma global fija de la construcción y montaje, “como lo pretende el convocante respecto de los tanques 7311 y 7312, que tan solo fueron objeto de prefabricados, primera actividad de las 10 que componen la actividad de construcción y montaje”, sino “de acuerdo al valor real invertido por Tecnitiques según las pruebas obrantes en el proceso y considerando el numeral 10 del dictamen pericial aportado por OcenSA”.

5.3.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.3.4.1. Como se mencionó en acápite anterior del presente laudo, al tenor del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la ley 1474 de 2011, por la naturaleza jurídica de OCENSA y su actividad comercial, el régimen jurídico de sus contratos, no obstante su carácter de estatales conforme al criterio orgánico desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴⁴, está exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). En consecuencia, salvo en lo que respecta al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la misma y de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (artículo 13, Ley 1150 de 2007), se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, y, en lo no regulado expresamente en estas, por el Derecho Privado¹⁴⁵.

5.3.4.2. En la Sección 18.06 del Contrato las partes pactaron una solemnidad escrita para modificar el contrato, en los siguientes términos:

“18.06 Modificación:

Este Contrato solamente podrá ser modificado por medio de documento escrito, firmado por un representante autorizado de ambas Partes.”

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, Exp. 46.027.

¹⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sala Plena, Auto de unificación de 1 de agosto de 2019, Radicación número: 05001 23 33 000 2018 00342 01 (62009) : La entidad estatal que desarrolla “actividades comerciales en el marco de mercado regulado, según lo dispone el artículo 14 de la ley 1150 de 2007, se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales y sus contratos se rigen por las disposiciones del derecho privado previstas principalmente en los Códigos Civil y de Comercio y por las especiales que le sean aplicables, interpretadas a la luz de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”. Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800, anotando: “Que el régimen aplicable al caso en estudio, para los actos y los contratos, sea el derecho privado, conlleva importantes consecuencias, siendo la más obvia, natural y significativa (aunque muchas veces olvidada), el que, en efecto, los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público”; Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Radicación No. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003), en cuyo caso, por el régimen jurídico de sus actos, “en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho”; Sentencia de 19 de julio de 2017, Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00554-01(57394): “[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos”; Sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente 56.562: “[...] debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto comercial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía comercial particular, configuran un mero acto contractual que no administrativo”; Subsección A, Sentencia de 27 de mayo de 2015, Rad: 30690: “[...] todas las entidades públicas, sin excepción, deben acatar estos postulados de origen constitucional, al margen –reitera la Sala- de si están exceptuadas o no del régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, pues cuando el legislador consagró tales excepciones lo hizo para que las entidades pudieran realizar de forma más expedita sus procesos de contratación y, de esta forma, pudieran competir con las personas de derecho privado en condiciones similares de forma eficaz y eficiente”.

Sin embargo, como pone de presente el Ministerio Público en su concepto, *“la realidad de la ejecución del contrato muestra que el prefabricado de los 3 tanques fue planeado en paralelo (programa maestro de trabajo) y elaborado en los TK 7311 y 7312 sin suscribir las actas correspondientes con el conocimiento y sin objeción de Ocesa”*.

Tratándose de contratos regidos por el Derecho Privado, cuando la ley no establece una solemnidad *ad substantiam actus* para su existencia, las partes pueden, en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, mediante estipulación contractual clara, expresa y precisa convenir una forma “solemne” convencional, caso en el cual debe acatarse, y su inobservancia, salvo precepto contrario, entraña la ineficacia particular del acto.

Estas formas convencionales pueden tener fines constitutivos o probatorios, para la existencia, reproducción, documentación, prueba o instrumentación del contrato¹⁴⁶, concernir a la celebración del negocio jurídico, terminación, prórroga o renovación, bien a su ejecución o a los actos posteriores, sucesivos o accesorios, de suyo no solemnes, bien a la modificación de su contenido, sujeta al modo expresivo acordado, generalmente escrito (*“no oral modification”*, *“course of performance doctrine”*, *“cláusula de integridad”*).

A pesar de las distintas orientaciones a propósito del alcance de la libertad contractual para crear formas solemnes cuando el legislador no las autoriza sino en determinados contratos (arts. 1858 y 1979 del C.C.), y dispone contrariamente, el principio general de la libertad de formas, así como frente a los efectos jurídicos de su inobservancia (inexistencia, invalidez) de origen legal, la jurisprudencia civil admite esta posibilidad con la de suprimirla por cualquier forma (directa, indirecta, expresa, tácita) y, en especial, por la conducta de ambas partes durante la ejecución práctica del contrato.

Sobre este particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Se trata aquí de lo que se denomina ‘compraventa solemne por voluntad de las partes’, fenómeno previsto por el artículo 1858 del c.c. y que viene a ser una de las excepciones a la regla general de que dicho contrato es consensual.

“[...] De la lectura de este texto legal conclúyese: en el caso de que los interesados otorguen la escritura pública o privada por ellos prevista, se perfecciona el contrato de compraventa, que es precisamente lo mismo que ocurre cuando el contrato es solemne por disposición directa de la ley; solo que en la hipótesis lo es por voluntad de las partes; quienes han querido que el contrato no produzca ningún efecto civil sin la observancia de la formalidad especial de otorgarse el instrumento (artículo 1500).

“Con todo, si los interesados no llegan a otorgar la escritura, pero de mutuo acuerdo principian la entrega de la cosa, la compraventa se reputa igualmente perfecta y ya no será contrato solemne o no habrá necesidad de que lo sea.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 12 de abril de 1940, G.J. t. XLIX, p. 240; 19 de abril de 1971, G.J. CXXXVIII, p. 258; 25 de septiembre de 1973 G.J., t. CXVII, núms. 2372 a 2377, pp.65 ss.; 4 octubre de 1977 G.J. t. CLV, p. 285; 28 de febrero de 1979, G.J., t. CLIX N° 2400, pp. 49 ss; mar 10/95, Exp. N° 4478, mayo 15 de 1992 y noviembre 17 de 1993, Exp. N° 3885.

Sucedee entonces que el principio de entrega de la cosa, consentido por ambos interesados, tiene doble efecto: implica mutuo disenso de la necesidad de otorgar escritura y significa la iniciación del pago de la principal obligación del vendedor, es a saber, la de hacer la tradición de la cosa. Esto en razón de la autonomía que tienen las partes para gobernar sus relaciones, de modo que el acuerdo de ellas que se infiere de su conducta concluyente les permite deshacer, alterar o complementar sus estipulaciones precedentes, en este caso la necesidad de otorgar instrumento."¹⁴⁷

Más exactamente, la cesación, extinción o supresión de la "forma solemne por voluntad de las partes" es libre y no se somete a formalidad alguna. Es decir, el negocio extintivo de la "forma solemne convencional" es libre de formas o "consensual". Por lo tanto, aún pactada la forma "escrita" podrá cesar por acuerdo posterior de las partes, inferido aún de su conducta concluyente o ejecución práctica convergente. Sobre el punto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

*"En efecto, el contrato "es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento", (artículo 1500 del Código Civil), nuestro ordenamiento se inspira en la libertad de formas, es decir, impera el "nudo pacto" (G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, trad. esp. J. Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959) y la formación, celebración y ejecución del negocio jurídico es libre.*

"De este modo, el contrato puede presentarse en su objetividad de cualquier manera o forma idónea, directa o indirecta, expresa o 'tácita' (rectius, conducta concluyente), salvo cuando de manera expresa, clara e inequívoca se establezca una única (forma dat esse rei), ad solemnitatem o ad substantiam actus para determinada categoría contractual concreta, o para su validez (ad validitatem) en atención a la naturaleza del contrato, tutela de ciertos intereses (protectoras o tutelares), calidad o estado de las partes (habilitantes), su reproducción, documentación o prueba (ad probationem, cas. abril 12 /1940, XLIX, 240; septiembre 25/1973, CXVII, núms. 2372 a 2377, 65, febrero 28/1979, CLIX Nº 2400, pp. 49 ss.; marzo 10/1995, exp. 4478, mayo 15/1992 y noviembre 17/1993, exp. 3885) o su publicidad y oponibilidad (ad regularitatem) y, sin perjuicio de la posibilidad de convenirla accidentalia negotia (art. 1501 C.C.; D. 960 de 1970, art. 3 [1], 1857 y 1858 C.C.), con fines constitutivos o probatorios, ya para la celebración del negocio jurídico, bien para su ejecución o para los actos posteriores, sucesivos o accesorios, de suyo no solemnes (cas. octubre 16/1980)." ¹⁴⁸

"En atención a la particular naturaleza dinámica y exigencias pragmáticas del tráfico jurídico, la forma del contrato, en línea de principio, de suyo y ante sí, es libre. Más exactamente, según una orientación firme, salvo precepto en contrario, el negocio jurídico y, por consiguiente, el contrato, admite la posibilidad de presentarse en su exterioridad, por toda forma idónea, sea expresa y directa, ora tácita e indirecta, verbi gratia, mediante el empleo del lenguaje, escrito, oral o articulado, signos y gestos (verbis o rebus ipsis et

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de octubre de 1980, CKXVI, 169; sentencia de septiembre 12 de 2000, Exp. 5397

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de julio de 2008, exp. 2001-06915-01.

factis), comportamiento, conducta concluyente (facta concludentia), omisiva, mecanizada y socialmente tipificada en cuanto dispositiva de intereses. La relevancia de esta regula iuris es, por lo tanto, notable, en tanto de ordinario la forma de los negocios jurídicos es libre, desprovista de formalidades, ritualidades o solemnidades, a punto que el acto dispositivo de intereses, podrá consistir en una declaración, manifestación o, incluso, en un comportamiento o conducta, y derivar material u objetivamente de los hechos (rebus ipsis et factis) o de la ejecución práctica de los elementos esenciales (essentialia negotia) del tipo negocial específico, siempre que desde luego exprese la disposición y el ordenamiento no establezca la forma ab substantiam actus. Conformemente, para la Corte, salvo norma en contrario el acto dispositivo podrá expresarse por los hechos, el simple contacto, el comportamiento, la conducta o la ejecución práctica de sus elementos esenciales, y toda otra forma idónea admitida por el ordenamiento, usos y prácticas del tráfico jurídico, en cuanto evidencie y contenga la disposición de intereses”. (Se subraya)¹⁴⁹

Y, en cuanto a la eficacia de la conducta concluyente y al “mutuo disenso”, ha indicado:

“[...] es forma idónea de expresión, la conducta concluyente de una conclusión coherente única, unívoca e inequívoca según las reglas lógicas y la experiencia común, ad exemplum, la enajenación de un bien hereditario por heredero evidencia su aceptación de la herencia (artículos 1287 y 1288, Código Civil) el recibo de la renta con posterioridad al vencimiento del contrato permite inferir su renovación “tácita” (artículo 2014, Código Civil), el recibo del capital sin reserva alguna, la condonación de los intereses, la destrucción o entrega del título de la deuda su remisión.

“Como ha puesto de presente la Sala, la terminación de un contrato puede darse por “mutuo disenso” o “distracto contractual” derivado de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, “el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso-, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anotar su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito”, siendo “menester que los actos u omisiones en qué consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...” (G. J. Tomo CLVIII, pág. 217); “que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de “desistencia” que constituye su sustancia” (cas.civ. 7 de marzo de 2000, exp.5319, S-023-2000[5319]).

“En lo concerniente a esta específica cuestión, es menester precisar que el ordenamiento jurídico, no establece expressis verbis, forma solemne o ad

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de junio de 2010, exp. 08001-3103-014-2000-00290-01.

substantiam actus para la terminación del pacto arbitral, ni la exigida para un negocio en particular se transmite per se a otro, pues en línea de principio, todo acto dispositivo es libre (“nudo pacto”, Gino GORLA, Il contratto, I, Milano, 1955, trad. esp. J. Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959; artículo 824 Código de Comercio), desprovisto de solemnidad o ritualidad, susceptible de expresión amplia, expresa y directa, ora concluyente e indirecta mediante la utilización del lenguaje articulado, los signos y gestos, esto es, puede darse por una declaración recepticia o no recepticia, una manifestación, un comportamiento, una conducta concluyente u omisiva, mecanizada, electrónica (Ley 527 de 1999 (agosto 18, Diario Oficial No. 43.673 21 de agosto de 1999, declarada exequible por Sentencia C-662 de junio 8 de 2000 y C-831 de 8 de agosto de 2001, y reglamentada por el Decreto 1740 de 2000) o socialmente tipificada en cuanto dispositiva de intereses (LOYSEL, Institutes coutumières, 1607, lib. III, max, 2, gráficamente anota: “se atan los buyes por los cuernos y los hombres por la palabra”); todo contrato “puede presentarse en su objetividad de cualquier manera o forma idónea, directa o indirecta, expresa o “tácita” (rectius, conducta concluyente), salvo cuando de manera expresa, clara e inequívoca se establezca una única (forma dat esse rei), ad solemnitatem o ad substantiam actus para determinada categoría contractual concreta” (cas.civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01); la forma solemne se exige in concreto en atención al acto dispositivo, se disciplina en norma legal expresa, de orden público, imperativa, restrictiva, de interpretación y aplicación estricta, excluyendo la analogía o extensión a otros tipos contractuales [...].”¹⁵⁰

“[...] [a]sí como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley” (se subraya).

“Más adelante, agregó que “[l]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan ‘mutuo disenso’, ‘resciliación’ o ‘distracto contractual’, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que ‘toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula’....” (Cas. Civ., sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; se subraya. En similar sentido, fallos de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1 de julio de 2009, exp. 11001-3103-039-2000-00310-01.

707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01).

“Y en cuanto a las formas en que el mutuo disenso o distracto contractual adquiere perfil, la Corte tiene dicho que él se estructura por razón de un consentimiento expreso, o por cuenta de un proceder que tácitamente así lo denote. De suyo, que tal forma de terminación contractual puede tener “origen [en] una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido” o “en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anonadar su fuerza obligatoria” (Cas. Civ., sentencia de 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707).

“[...] En forma constante ha advertido la Corte que para la prosperidad del mutuo disenso, estructurado con base en los mandatos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, es preciso que “la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de ‘desistencia’ que constituye su sustancia” (Cas. Civ., sentencia de 7 de marzo de 2000; se subraya).”¹⁵¹

De este modo, en los contratos regidos por el derecho privado, cuando se pacta forma solemne convencional, y las partes observan una conducta recíproca, conjunta, armónica, coherente, convergente e inequívoca durante la ejecución práctica indicativa de la “desistencia” del escrito, por mutuo acuerdo o *mutuus consensus*, extinguen la exigencia del escrito.

Por fuera de la anotada hipótesis, cuando una parte ejecuta una conducta contraria a lo pactado, esto es, tratándose de un comportamiento “unilateral”, circunstancia diferente de la conducta recíproca, aún acordada la forma escrita, en protección del principio de coherencia y confianza legítima queda vinculada por su acto propio.

En la contratación contemporánea, en efecto, las cláusulas de integridad, ineficacia de modificaciones no orales y la forma convencional escrita, están limitadas por la buena fe, el acto propio y la confianza legítima.

Por consiguiente, la forma convencional escrita es susceptible de terminación, cesación o extinción por la conducta recíproca de ambas partes, aún concluyente, cuando conjuntamente ejecutan las prestaciones o modifican el contenido del pacto a través de una forma no escrita y, en todo caso, la parte que actúa unilateralmente de manera contraria, queda atada por su acto propio (*venire contra factum proprium*, deber de coherencia, *reliance*, *vertrauensprinzip*), en torno al cual ha señalado la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“(...) el principio de confianza legítima (Vertrauensschutz, legitímata expectations, legitimo affidamento, estoppel), reconocido como un parámetro constitucional relevante, protege de comportamientos ulteriores asimétricos, contradictorios o incompatibles con los anteriores y de cambios sobrevenidos, inesperados, súbitos e intempestivos (Hartmut Maurer, Allgemeines

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de diciembre de 2010, exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01; sentencia de 28 de febrero de 2012, Exp. 05282-3103-001-2007-00131-01.

*Verwaltungsrecht, 17. Auflage, München, Beck, 2009; P. Craig, Substantive Legitimate Expectations in Domestic and European Law, CLJ, 1996; Denis Mazeaud, **La confiance légitime et l'estoppel**, Revue Internationale de droit comparé, n° 2, París, 2006). El principio está en indisociable conexión con la seguridad jurídica, la legalidad y la buena fe, sin confundirse con éstas.*

[...]

*“En cuanto a sus requisitos, presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto (S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, París, 2001, pág. 496).*

“La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad generadas con las actuaciones previas ante la fundada creencia de su proyección en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo de la premisa según la cual todo ciudadano tiene derecho a prever, disciplinar u ordenar su conducta con sujeción a las directrices normativas entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando razonablemente en que procederán de manera idéntica o similar en el futuro.

“[...] En este contexto, el principio no solo es deseable, sino que se presenta como una exigencia social ineludible para garantizar la buena fe y las legítimas expectativas por situaciones derivadas del comportamiento anterior.”¹⁵²

Respecto de los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1983, el legislador establece expresamente la forma solemne del documento escrito (art. 39¹⁵³; y 2º, numeral 2, literal b), Ley 1150 de 2007) y dispone su perfeccionamiento “cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito” (art. 41).

¹⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 25 de Junio de 2009, Exp. 11001-02-03-000-2005-00251-01. En el mismo sentido. Cas. civ. Sentencias 20 de Mayo de 1936, G.J. XLIII, pp. 46 y ss.; Abril 2 de 1941, LI, 172; Marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; Junio 3 de 1954, LXXXVII, 767 y ss.; Junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; 9 de Agosto de 2007, Exp. 00254-01 y 24 de Enero de 2011, Exp. 110013103025200100457 -01; 27 de Febrero de 2012. Expediente 14027. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de Agosto de 1992, Junio 19 de 1996, Exp. 4868; Septiembre 11 de 1997, Exp. 9207; 9 de Marzo de 2000. Exp. 11447; Corte Constitucional, Sentencias T-406 de 1992; C-544 de 1994; C.126, C-168, T-495 de 1995; C-147 de 1997; SU-480 DE 1997; C.478 de 1998, SU.360/99, T-364/99, SU.601A/99, T-706/99, T-754/99, T-900/99, T-940/99, T-295 y T-827 de 1999; T-020 T-202 de 2002; T-372/00, T-791/00, T-983/00de 2000; C-262 de 2001; T-1228 de 2001; C-836 de 2001, C-121 de 2004; C-314 de 2004; T-340 de 2005; T-689 de 2005; C-663 de 2007, T-1094 de 2005; T-053/08; T-1179 de 2008; T-566 de 2009, T-268 de 2009; T-210 de 2010; T-180 A de 2010; T- 698 de 2010; T- 850 de 2010; T-152 de 2011; T-213 de 2012, T- 314 de 2012; T-722 de 2012, T-715 de 2014. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de Agosto de 1992, Junio 19 de 1996, Exp. 4868; Septiembre 11 de 1997, Exp. 9207; 9 de Marzo de 2000. Exp. 11447.

¹⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-949 de 2001.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

En coherencia con la previsión legal, la jurisprudencia ha precisado la exigencia de la forma escrita para la celebración¹⁵⁴ y las modificaciones del contrato estatal¹⁵⁵, aún de los regidos por el derecho privado¹⁵⁶.

En este sentido, para el Consejo de Estado *“dado que el contrato estatal se perfecciona mediante escrito, es evidente que cualquier modificación que se le haga debe constar, igualmente, por escrito”*¹⁵⁷, sin *“que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificadorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero”*¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 6 de marzo de 2013, Radicación:66001-23-31-000-2000-00799-01 (24.896): “[...] en los contratos del Estado, que como ya se sabe son solemnes por regla general, la exigencia de la firma del documento que lo contiene por parte de quienes lo celebran es un requisito ineludible, tal como se desprende de lo que sobre este punto señala reiteradamente la Ley 80 de 1993”. En Sentencia de 3 de octubre de 2012, Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), expresó: “En efecto, por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que es esta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus). Esta exigencia es una de las llamadas formalidades plenas de los contratos del Estado. Por excepción, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) contempla la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas, cuando su valor se halle dentro de los rangos previstos por la norma, rangos que están concebidos en función de los presupuestos anuales de las entidades respectivas. [...] Hoy día, los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues, como se dijo, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y por el capítulo V del Decreto 734 de 2012; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas.” En el mismo sentido, Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 16 de septiembre del 2013; Subsección B. Sentencia de 28 de febrero del 2013. Exp. 25802; Subsección C. Sentencia de 19 de octubre de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082); Subsección B. Sentencia de 28 de Junio del 2012, Exp. 23966; Subsección B, sentencia de 23 de marzo de 2011, exp.17.072; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre del 2008. Exp. 17031; Sentencia de 3 de febrero de 2000, expediente 10.399.

¹⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, Radicación 8500123310001997-00403-01 (15596).

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 2015. Exp. 28405.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 18 de abril de 2013, Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859), agregando: “En la exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, que dio vida a la Ley 80 de 1993, el legislador expuso claramente las siguientes razones acerca de la necesidad de que el contrato estatal conste por escrito: *Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato ‘solemne’. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia”.*

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, Radicación 8500123310001997-00403-01 (15596).

Sobre la necesidad de acatar la forma escrita en los contratos estatales regidos por el Derecho Privado, el Consejo de Estado ha reiterado:

“[...] la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aún cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.

“[...] aunque la Sala debe ser congruente con la posición jurisprudencial que ha desarrollado sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de este tipo -en la que, valga decir, no se ha declarado en ningún caso la existencia de un contrato consensual celebrado por una entidad estatal-, reiterando que debe ser el de derecho privado, considera menester aclarar que tratándose de un contrato estatal, debe aplicar aquellos requisitos que procuren la efectivización de los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal (artículos 209 y 267 de la Constitución Política), dentro de las cuales se encuentra el de que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”¹⁵⁹

5.3.4.3. Como está demostrado en el proceso, OCENSA y TECNITANQUES celebraron el 10 de diciembre de 2014, el Contrato No. 3802174 “para la Ingeniería, Gestión Compras, Construcción y Montaje, para el aumento de la capacidad almacenamiento de crudo, en el Terminal de Coveñas de OCENSA”¹⁶⁰, previa solicitud privada de ofertas 300006934 de 24 de octubre de 2014¹⁶¹, iniciada luego de la 3000006659¹⁶², presentación de propuesta de 29 de octubre de 2014¹⁶³, negociación directa de 4 de noviembre de 2014, la formulación el 6 de noviembre

¹⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 2015. Exp. 28405. En Sentencia de 6 de agosto de 2020, la Sección Quinta, Radicación no. 11001-03-15-000-2020-02724-00, luego revocada por la Sección Tercera, en sentencia de 13 de octubre de 2020, Radicación: 11001-03-15-000-2020-02724-01, sostuvo: “[s]i bien la contratación de Aguas de Malambo S.A. E.S.P. debe guiarse por los principios de la administración pública contemplados en el artículo 209 y 207 de la Constitución Política, lo cierto es que, aun cuando tiene participación estatal -mayoritaria- su régimen se guía por las normas del derecho privado. Solo se remite al Estatuto de Contratación Pública, por ejemplo, en lo que concierne a las inhabilidades e incompatibilidades. Ello se traduce en que, la referida empresa de servicios públicos domiciliarios está exceptuada de los procedimientos de selección de contratistas bajo los postulados de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y todas aquellas normas que las modifican o adicionan, en tanto que, precisamente, el legislador de 1994 quiso que este tipo de estructuras societarias compitieran en el mercado como un agente privado para maximizar y hacer más eficiente el servicio que prestan. Igualmente, los requisitos propios del contrato estatal para su existencia y ejecución, esto es: i) que el acuerdo de voluntades conste por escrito, ii) la aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera, iii) la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes y iv) la acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral son presupuestos que son predicables únicamente de la actividad contractual del Estado, sometida al Estatuto de Contratación Pública. [...] En consideración a que el régimen jurídico de los contratos de Aguas de Malambo S.A. E.S.P. es privado y la misma Ley 142 de 1994 exceptúa a las empresas de servicios públicos estatales de la Ley 80 de 1993 como se precisó en párrafos precedentes, el Tribunal no podía exigirle el cumplimiento de la referida norma, en lo concerniente a las solemnidades que debe cumplir el contrato estatal, esto es, que conste por escrito. Igualmente, tampoco era dable aplicar a dicho caso el precedente establecido en la sentencia de unificación de 19 de noviembre de 2012, toda vez que la regla establecida por la Sección Tercera de esta Corporación se edificó sobre la base de los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993”.

¹⁶⁰ Cuaderno de Pruebas – Pruebas Aportadas con la Contestación, Folio 36

¹⁶¹ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 4. f. 7.

¹⁶² Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 11.

¹⁶³ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 8.

de 2014 de oferta ajustada¹⁶⁴ y de su aceptación el 21 de noviembre de 2014¹⁶⁵, cuyo objeto se pactó así:

“3.01 Objeto

“En virtud del presente Contrato, el Contratista se obliga para con el Contratante, a cambio de la Remuneración y en término Llave en mano a elaborar la Ingeniería, la Gestión de Compras, la Construcción y Montaje, las Pruebas Finales y demás actividades descritas en las Especificaciones Técnicas en relación con los Tanques y las Obras y, en general, adelantar e implementar las demás obras materiales o intelectuales y suministrar los equipos e insumos que, en uno y otro caso, sean necesarios, apropiados, conexos o complementarios para efectos de que cada uno de los Tanques cumplan con las Condiciones de Aceptación en o antes del Plazo Máximo de Entrega, cumpliendo, en todo caso, y en todo momento las disposiciones previstas en el Contrato y en las Leyes Aplicables.”¹⁶⁶

En armonía, se estipuló el alcance de las obras, así:

“3.02 Alcance de las Obras

“En línea con lo establecido en la Sección 3.01 de este Contrato, el alcance del presente Contrato comprende las intervenciones y actividades descritas en las Especificaciones Técnicas respecto de la totalidad de los Tanques a intervenir en virtud del presente contrato. No obstante lo anterior, el Contratante se reserva el derecho y el Contratista acepta que, en cualquier momento con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, el Contratante podrá enviar una Notificación al Contratista informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras objeto de este Contrato (el ‘Tanque Excluido’). El Contratista acepta que la anterior decisión por parte del Contratante no constituye un incumplimiento del presente Contrato y que no generará el pago a favor del Contratista de ninguna compensación o indemnización en relación con el Tanque Excluido.

“Como consecuencia de la anterior Notificación, el Contratista no tendrá derecho a percibir la porción de la remuneración en relación con el Tanque Excluido.”¹⁶⁷

Por su parte, la *Cláusula I, Definiciones e interpretación, 1.01. Definiciones¹⁶⁸*, define:

¹⁶⁴ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 13.

¹⁶⁵ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 13.

¹⁶⁶ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

¹⁶⁷ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

¹⁶⁸ Igualmente, define, entre otras: “Acta de Aceptación Final”, “Acta de Entrega del Tanque”, “Acta de inicio de las obras” (“significa el acta que suscribirán el Contratista, el Contratante y el Interventor en relación con cada Tanque en los términos indicados en la Sección 7.03 de este Contrato”, “Acta de inicio” o “Acta de Inicio del Contrato” (“tiene el significado indicado en la Sección 4.02 de este Contrato”), “Acta de Terminación de Hitos” (“tiene el significado indicado en la Sección 5.03 de este Contrato”), “Construcción y Montaje” (“significan cualquiera y todas las actividades de construcción de las Obras y de instalación y montaje de los Equipos, la ejecución de las Pruebas Finales y las demás actividades necesarias, apropiadas o conexas para realizar lo anterior en cumplimiento de las Especificaciones

“LLave en Mano”, es, en relación con las obligaciones del Contratista bajo el presente Contrato, la realización de todas las actividades materiales, inmateriales o intelectuales que resulten necesarias, adecuadas, conexas o complementarias para efectos de completar y terminar las Obras de tal forma que cumplan con las Condiciones de Aceptación dentro del Plazo Máximo de Entrega.”¹⁶⁹

A su vez, la remuneración se convino así:

“5.01 Remuneración

“La Remuneración pagadera por el Contratante al Contratista como contraprestación por la ejecución de los Servicios tendrá los siguientes dos componentes:

“(i) Por la ejecución de los servicios de Ingeniería, el Contratante pagará al Contratista la remuneración bajo la modalidad de suma global fija total. La suma global fija total por la ejecución de la Ingeniería será la suma de OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (COP\$ 814.434.678,33) incluido AIU antes de IVA (la ‘Suma Global Fija de la Ingeniería’).

*“(ii) Por la ejecución de los Servicios de Gestión de Compras y la Construcción y Montaje de las Obras, la remuneración aplicable se determinará bajo la modalidad de libro abierto (open book) de acuerdo con lo indicado en el anexo 5.01 (1). Una vez acordados por las Partes la totalidad de los Costos Revelados (tal como dicho término se define en el Anexo 5.01 (1)) para cada uno de los Tanques y la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje **para cada uno de los Tanques**, se incluirá dicha información en un listado de cantidades y precios que hará parte integral de este Contrato como Anexo 5.01 (2), el cual se irá actualizando en la medida en que las Partes acuerden dichas sumas **para cada uno de los Tanques**. En todo caso y para, entre otros, facilitar la eventual exclusión de Tanques de conformidad con la Sección 3.02 y aplicar las Multas de que trata la Sección 13.02(ii), el Contratista discriminará en el Anexo 5.01 (2), la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje **aplicable a cada Tanque**. Se entenderá que la sumatoria de la ‘Suma Global Fija’ para cada Tanque tal como está definido dicho concepto en el Anexo 5.01 (1) corresponderá a la suma global fija de la gestión de compras, construcción y montaje total del Contrato (la ‘Suma Global Fija de la Gestión de Compras,*

Técnicas”), “Obras” (“significan todas las obras civiles, eléctricas, mecánicas, de instrumentalización y control que se encuentran descritas y relacionadas en las Especificaciones Técnicas y todas aquellas que resulten necesarias o adecuadas para que los Tanques cumplan con las Condiciones de Aceptación”), “Hitos” (“tiene el significado indicado en la Sección 5.03 de este Contrato”), “Materiales” (Ixiii), “Programa Maestro de Trabajo” (“tiene el significado asignado en la Sección 7.01 del Contrato”), “Remuneración” (“tiene el significado indicado en la Sección 5.01 de este Contrato”), “Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje” (“tiene el significado indicado en la Sección 5.01(i) de este Contrato”), “Suma Global Fija de la Ingeniería” (tiene el significado indicado en la Sección 5.01 (i) de este Contrato”), “Tanque Excluido” (tiene el significado indicado en la Sección 3.02). Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

¹⁶⁹ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

Construcción y Montaje.”) En aplicación de los numerales (i) y (ii) anteriores, la remuneración del Contratista por la totalidad de los Servicios previstos bajo este Contrato será el valor resultante de sumar la Suma Global Fija de Ingeniería y la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje (la “Remuneración”).

“En todo caso con anterioridad a la determinación de la Suma Global Fija de la Gestión de Compras, Construcción y Montaje y únicamente hasta tanto dicha suma no sea definida en aplicación al numeral (ii) anterior, y exclusivamente para efectos de la CLÁUSULA XLV en relación con las Pólizas de Seguro, la Sección 13.02 en relación con las Multas, la Sección 13.03 en relación con la Cláusula Penal y la Sección 13.01 en relación con el límite de responsabilidad del Contratista, el valor correspondiente de la Remuneración será la suma de CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TREINTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS (COP\$ 43.917.837.034,73) incluido AIU antes de IVA.

“El Contratista entiende y acepta que la Remuneración es la retribución única y global del Contratista e incluye el costo de la asunción de todos los riesgos asignados al Contratista en virtud de este Contrato. Por lo tanto, salvo pacto expreso en contrario, el acaecimiento de los riesgos asignados al Contratista, o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, en cualquier proporción o cuantía, no darán lugar a modificación, reducción o adición a la Remuneración ni a una ampliación del Plazo Máximo de Entrega. La Remuneración cubrirá la utilidad del Contratista y cualquiera y todo los costos y gastos, directos o indirectos, relacionados con el objeto del presente Contrato, incluyendo, sin limitación, todos los salarios, costos, gastos, garantías, impuestos, gastos de administración, utilidades, gastos financieros, gastos de personal, gastos administrativos, imprevistos, reposiciones, primas de las Pólizas de Seguros, impuestos, y, en general, cualquier otro gasto o costo, contingente o en que deba incurrir el Contratista para una óptima ejecución de los trabajos previstos bajo el presente Contrato.

“La forma de pago de la Remuneración se hará conforme a las Secciones 5.02, 5.03 y 5.04 de este Contrato.”

El Contrato No. 3802174, en su objeto, alcance y remuneración, comprende “*la ingeniería, la gestión de compras, la construcción y montaje*”, “*Llave en Mano*”, a precio global fijo respecto de los servicios de ingeniería y ajustado en cuanto a la Gestión de Compras, Construcción y Montaje de las Obras determinado con la metodología de libro abierto (*open book*).

Las anotadas características, *prima facie* sitúan el Contrato No. 3802174 en los contratos EPC (Engineering, Procurement and Construction)¹⁷⁰, tipología

¹⁷⁰ Anota el Laudo Arbitral de 18 de abril de 2017, Tribunal Arbitral de Noarco S.A. -En Liquidación por adjudicación contra Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A.-SACSA. Árbitros: Luis Hernando Parra Nieto (presidente), Gabriela Monroy Torres y Arturo Solarte Rodríguez, que “*los particulares nacionales al acudir a la celebración de negocios jurídicos locales tan frecuentes y corrientes como el de construcción, han optado recientemente por someterse a formatos extranjeros, que si bien resultan valiosos pues recogen experiencias decantadas de muchos años y lugares, marginan los usos y costumbres propios del lugar, que también constituyen un elemento integrador de la relación contractual, en razón de lo cual no son pocos los casos donde se presentan múltiples desavenencias e inconformidades*

caracterizada por la conjunción prestacional en un contrato único de distintos negocios o contratos (obra, servicios, tecnología), el precio global, fijo, la modalidad *llave en mano* para las distintas fases de ingeniería, compras, construcción, montaje y la asunción de los riesgos inherentes a las actividades desde su celebración hasta su conclusión y entrega íntegra en condiciones operativas idóneas¹⁷¹. La metodología de libro abierto (*open book estimate*) facilita la depuración del precio global estimado, el reembolso de los costos y la remuneración exacta bajo el precio global fijo (*Fast-Track*, costos estimados, costos revelados y acordados)¹⁷².

A propósito de los llamados contratos “*llave en mano*” (“*turnkey contract*”, “*clé en main*”), el Consejo de Estado ha señalado:

“d) Contratos llave en mano. Como modalidad de transferencia de tecnología puede encontrarse bajo distintas formas, que van desde la entrega de una suma global por la totalidad de un proyecto, hasta el pago por algunos de los diferentes elementos involucrados en el establecimiento de una empresa manufacturera en un país dado.

Estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles.”¹⁷³

La característica esencial del contrato “*llave en mano*” radica en “*que el contratista se obliga a cumplir diferentes obligaciones propias de distintos contratos que trascienden en consecuencia el contrato de obra típico, de manera que asume toda la responsabilidad en la finalización a satisfacción del proyecto, entregándolo en la fase de funcionamiento*”¹⁷⁴, o sea, “*la celebración de un solo y único contrato realizado entre el cliente y el contratista*”, “*la fusión de las actividades de concepción y ejecución de la obra en una sola persona*”, “*la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, ‘en marcha’*”¹⁷⁵.

como las que ciertamente se advirtieron en este proceso, las más de ellas derivadas de la aplicación de estipulaciones deficientemente traducidas, o con un alcance o significado en algo diferente a la usanza del lugar en que se aplican”.

¹⁷¹ Lukas Klee, *International Construction Contract Law*, Wiley-Blackwell, 2018; Howard M. Steinberg, *Understanding and Negotiating EPC Contracts*, Volume 1, Routledge, 2016; Eric Eggink, *A Practical Guide to Engineering, Procurement and Construction Contracts* (Practical Construction Guides), Kindle Edition, 2020. Tribunal Arbitral de Conalvias Construcciones S.A.S. contra China United Engineering Corporation. Laudo de 4 agosto de 2015,

¹⁷² Tribunal Arbitral de Massy Energy Colombia S.A.S. contra Oleoducto Central S.A. Laudo de 10 de septiembre de 2019. Árbitros: Clara Inés Vargas Hernández (presidente), Luis Hernando Parra Nieto y Felipe Cuberos de las Casas: “*[...] el sentido natural del Sistema “open book” o “Libro abierto”, [...] no es otro que permitir que de manera conjunta el Contratante y el Oferente determinen con la mayor exactitud posible las cantidades de obra que habrán de ser ejecutadas ... es por ello que, tanto en el contrato como en el procedimiento de Libro abierto, se dejaron claramente establecidos los dos momentos para los respectivos cierres de Libro y ajustes a la Suma Global, en la etapa de ingeniería de detalle, y no en etapas posteriores con obras ya ejecutadas. ...Igualmente se le da efecto al pacto según el cual, a las partes les corresponde pasar la Suma Global Estimada de la propuesta del contratista a una Suma Global Fija, en compras y construcción, fijando las cantidades definitivas y reales determinadas por EL CONTRATISTA, de materiales a comprar y las cantidades de obras a ejecutar, y estableciendo el valor y cantidad de los Ítems no previstos inicialmente y que sean necesarios para el desarrollo del objeto contratado conforme se determine en la ingeniería de detalle.[...] En criterio del Tribunal, el pacto referido resulta perfectamente compatible con el contrato a precio Global, porcentaje que además corresponde a la distribución de riesgos previsibles”.*

¹⁷³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá D.C., 16 de diciembre de 1997. Concepto. Radicado No. 1013.

¹⁷⁴ Tribunal arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario contra Instituto Nacional de Vías, INVIAS. Laudo de 23 de mayo de 2017. Árbitros: Ruth Stella Correa Palacio (presidente), Hernán Fabio López Blanco y Luis Guillermo Dávila Vinueza.

¹⁷⁵ Tribunal arbitral de Concesión Santa Marta Paraguachón contra Instituto Nacional de Vías, INVIAS. Laudo de 31 de mayo de 2004, Árbitros: Jorge Arango Mejía (presidente), Jaime Ossa Arbeláez y Carlos Eduardo Naranjo Flórez.

En análogo sentido, se ha anotado que caracteriza “su función práctica o económica social la concentración en un solo sujeto de toda la actividad constitutiva de su objeto, la asunción de un resultado específico y el señalamiento de un precio, generalmente, invariable e inmodificable, esto es, no susceptible de aumento o disminución” y sus elementos relevantes, “suelen ser:

“(a) La unitariedad del objeto en cuanto concierne a un proyecto predeterminado o una parte de éste;

“(b) La determinabilidad del objeto de conformidad con el proyecto singularizado, las pautas trazadas en el título obligatorio y en la ley;

“(c) la determinación de un precio “global”, “alzado” y “total” comprensivo de todos los bienes y servicios integrantes del proyecto (...)

“Estos caracteres se proyectan en la coligación y concentración funcional de las prestaciones asumidas y la singularización de la responsabilidad en el contratista por el conjunto y cada una de las actividades para la concreción del proyecto, de ordinario, comprensivas de su concepción, diseño, prospección, planeación, ejecución, funcionamiento e incluso explotación.

“Bajo esta perspectiva, el proyecto constituye un opus o resultado concreto, único, total e integral independientemente de la conjunción de prestaciones diversas verbi gratia, la elaboración de planos, suministro de materiales, bienes, enseres, maquinaria, personal, transporte, construcción, instalación, montaje, funcionamiento, formación de personal, asistencia técnica, transferencia de tecnología, etc., cuya responsabilidad asume el contratista en los términos y condiciones acordados.

(...)

“El precio del contrato por el proyecto o, en su caso, por el segmento, es total, único e inmodificable.”¹⁷⁶

El precio de un contrato estatal puede estipularse a “precio global” fijo, estimado o ajustado; a precios unitarios o bajo una u otra modalidad¹⁷⁷. A dicho respecto, con referencia al contrato de obra, el Consejo de Estado¹⁷⁸ ha explicado lo siguiente:

¹⁷⁶ Tribunal arbitral de Merichen Company contra Ecopetrol S.A.. Laudo de 12 de julio de 2005., Árbitros: Camilo Calderón Rivera (presidente), Mauricio Fajardo Gómez y William Namén Vargas.

¹⁷⁷ El Estatuto de Contratación de la Administración Nacional, Ley 80 de 1983 a diferencia de los artículos 77, 68 y 79 del Decreto. Ley 150 de 1976, 88, 89 y 106 del Decreto-Ley 222 de 1983 no definen estas modalidades. No obstante, son pertinentes, como ha dicho el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de Octubre de 1999. Expediente 10.929: “Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la Administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe ésta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c)”.

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B. sentencia de 29 de febrero de 2012. Exp No. 16.371: “El contrato por un precio alzado, es aquel en el cual por la ejecución del trabajo contratado, el contratista obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos los honorarios. En cambio por precios unitarios, es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución. En la conformación de dichos precios unitarios, se tienen en cuenta todos los gastos que se requieren para realizar la unidad de medida respectiva –el metro lineal, el metro cúbico, el metro cuadrado, etc.-. Y lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios, corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará,

“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato

“Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.”¹⁷⁹

5.3.4.4. TECNITANQUES, según lo pactado en la Sección 6.01 del Contrato, se obligó a *“dar cumplimiento a los plazos establecidos en el Programa Maestro de Trabajo para la ejecución y entrega de las Obras y demás Servicios previstos bajo este Contrato”*¹⁸⁰, conforme a lo previsto en la Sección 7.01, a cuyo tenor:

“7.01 Programa Maestro de Trabajo

calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la cantidad de los materiales necesarios, etc. (...) Debe tenerse en cuenta que al lado de los costos directos, se hallan los costos indirectos que corresponden, en los contratos de obra pública, al A.I.U., el cual es un porcentaje de los costos directos destinado a cubrir i) los gastos de administración (A) -que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc.-, ii) los imprevistos (I) -que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos menores que surjan y que no fueron previstos- y iii) las utilidades (U) -que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo-. El costo directo más el AIU, dará el precio unitario de cada ítem. (...); en cambio el contrato a precio unitario, es “(...) aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución. [...]”. Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Exp No. 50.907, indicó: “Como se acotó, esta diferenciación es de capital relevancia, comoquiera que en el contrato a precio global, por regla general, se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra, circunstancia que riñe con el reconocimiento de las mayores cantidades de obra cuya ejecución debió ser objeto de previsión, mientras que en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida. Bajo esa comprensión, en el contrato a precio global lo que exceda el marco de lo pactado en el acuerdo primario constituye una verdadera obra adicional cuya ejecución en términos de precio, objeto y cantidades debe estar condensada en el respectivo contrato adicional.”

¹⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

¹⁸⁰ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

“El Contratista, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 de las Especificaciones Técnicas, **ha elaborado y remitido al Contratante** y al Interventor un Programa Maestro de Trabajo que contiene las actividades macro del Contrato señaladas en las Especificaciones Técnicas, **los plazos de entrega** de los entregables de Ingeniería, **el Plazo Máximo de Entrega [en] relación con cada tanque** expresado en Días contados **a partir de la suscripción de la respectiva Acta de Inicio de las Obras** y los demás aspectos establecidos en las Especificaciones Técnicas (el “Programa Maestro de Trabajo”) el cual hace parte de este Contrato como Anexo 7.01 y como tal es de obligatorio cumplimiento para el Contratista.”¹⁸¹ (Se destaca)

El Pliego de Condiciones de la invitación a presentar ofertas, en el literal B), numeral 3, contempló sobre el Plan Maestro de Trabajo (PMT) lo siguiente:

“3. PLAN MAESTRO DE TRABAJO (PMT)

“El oferente **deberá presentar un plan maestro** que incluya Ingeniería; Compras, Construcción, montaje y soporte a puesta en marcha y se evaluarán aspectos tales como formulación de hitos, secuenciamiento de actividades, y deberá contemplar todos los requisitos descritos en el numeral 5. Programa maestro de Trabajo de las especificaciones técnicas, así como informar claramente el calendario utilizado para su elaboración” (Se destaca).¹⁸²

Del mismo modo, el Anexo I del Pliego de Condiciones, Especificaciones Técnicas, previó:

“5. PROGRAMA MAESTRO DE TRABAJO

“Los trabajos se realizarán conforme con la estrategia de ejecución del contrato y el Programa Maestro de Trabajo (PMT) entregado con la oferta, y con el histograma de recursos (persona y equipos) detallado para cada tanque ampliado según la propuesta presentada y una vez sean aprobados por OCENSA o su representante.

“El Programa Maestro de Trabajo (PMT) deberá contener como mínimo las siguientes actividades macro del proyecto:

Ingeniería básica

Diseño detallado

Compras de materiales y equipos

Prefabricaciones en taller Ejecución de Obras civiles (Fundaciones & Diques)

Transporte a sitio de materiales y equipos

Montaje mecánico, tuberías, instrumentación, etc.

Inspecciones y pruebas

Soporte técnico para la puesta en marcha de cada tanque

¹⁸¹ Cuaderno de Pruebas. Folio 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Ctto de Obra 3802174.

¹⁸² Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, CD-pruebas dda arbitral- tit vs ocensa, etapa precontractual, pruebas No. 1.

“La fecha de intervención para el primer tanque será suministrada por el área de mantenimiento mayor de OCENSA una vez se revise y se apruebe el diseño de la ingeniería. Para los demás tanques, las fechas de inicio serán informadas al CONTRATISTA con 2 meses de anticipación, mediante acta de inicio de obra.” (Se destaca).

“6. PLAZO

“El Plazo Máximo de Entrega establecido para cada uno de los Tanques es el indicado en el Plan Maestro de Trabajo y comenzará a correr a partir de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras en relación con cada Tanque.”

“Con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, las partes dispondrán de hasta NOVENTA (90) días calendario para liquidarlo” (Se destaca).

De su parte, la Sección 1.01. definió:

“Acta de Inicio de Obras” significa el acta que suscribirán el Contratista, el Contratante y el Interventor en relación con cada Tanque en los términos indicados en la Sección 7.03 de este Contrato.”

A su vez, en la Sección 7.03, respecto del inicio de obras, se indica:

“7.03 Inicio de Obras

“El Plazo Máximo de Entrega de cada uno de los Tanques empezará a correr a partir de la suscripción entre el Contratista, Contratante e Interventor de un acta de inicio obras que se suscribirá para cada Tanque (el “Acta de Inicio de Obras”). (...)”

“Teniendo en cuenta que en aplicación de la Sección 3.02, el Contratante tiene la facultad de excluir un determinado Tanque antes de la suscripción del Acta de Inicio de Obras correspondiente, **el Contratista sólo podrá iniciar labores de Gestión de Compras y Construcción y Montaje en relación a un determinado Tanque a partir de la suscripción del Acta de Inicio de las Obras.** La anterior restricción no aplicará: i) En relación con la compra de las láminas de cuerpo necesarias para la ejecución y terminación de las Obras, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 6.01; (ii) **En relación con el primer Tanque que en virtud del Programa Maestro de Trabajo, frente al cual el Contratista podrá iniciar las labores de Gestión de Compras a partir del Acta de Inicio del Contrato.**” (Se destaca)¹⁸³

De acuerdo con las precedentes estipulaciones, el Contratista “podrá iniciar las labores de Gestión de Compras a partir del Acta de Inicio del Contrato”; los plazos de entrega en relación con cada tanque cuentan a partir del día de suscripción de la respectiva Acta de Inicio de las Obras; la fecha de intervención del primer tanque

¹⁸³ Cuaderno de Pruebas 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Contrato de Obra 3802174.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

se indicará por OCENSA, y para los demás, las fechas de inicio se le informarán con dos meses de anticipación mediante acta de inicio de obras; el plazo máximo de entrega para cada tanque es el establecido en el Plan Maestro de Trabajo y corre a partir de la firma del Acta de Inicio de las obras en relación con cada tanque, y el Programa Maestro de Trabajo, anexo del Contrato, tiene efecto vinculante.

Según observa el Ministerio Público, “en el programa maestro de trabajo para cada tanque, cuyo cumplimiento estaba en el contrato definido expresamente como obligación del contratista; se fijan como fechas de ejecución del prefabricado las siguientes:

TANQUE	ACTIVIDAD	FECHA
TK 7311	Prefabricado incluido despacho a campo	24- 4-2015 a 28-06-2015
TK 7312	Prefabricado incluido despacho a campo	24- 4-2015 a 28-06-2015
TK 7313	Prefabricado incluido despacho a campo	24- 4-2015 a 28-06-2015

Está acreditada en el proceso la suscripción del Acta de Inicio del Contrato el 27 de marzo de 2015¹⁸⁴, la comunicación de 27 de noviembre de 2015 de inicio de las actividades de ampliación del tanque TK7313¹⁸⁵, la firma del Acta de Inicio de Obras el 8 de enero de 2016 para el tanque TK7313¹⁸⁶ y que no se firmó respecto de los TK7311 y TK7312¹⁸⁷.

Del mismo modo, los informes mensuales de TECNITANQUES, las Actas de Reunión del Comité de Proyectos y Actas de Avance de Prefabricados firmadas por Eduardo Aponte, gerente de proyectos de la Convocante, y por Miller González, gerente del proyecto y representante del Contratante¹⁸⁸ acreditan que conforme al

¹⁸⁴ Cuaderno de Pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, CD-pruebas dda arbitral- tit vs ocensa, 3. etapa contractual- y x 21; Cuaderno de pruebas 1, Pruebas de la Contestación, 9. Copia del Acta de Inicio del Contrato del 27 de marzo de 2015.

¹⁸⁵ Cuaderno de pruebas 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA, Pruebas para radicar, 57. Comunicación 27 noviembre 2015.pdf

¹⁸⁶ Cuaderno de pruebas 1, Pruebas de la Contestación, 9. Copia del Acta de Inicio de Obras del Tanque 7313 suscrita el 8 de enero de 2016 “Las partes acuerdan que a partir del 6 de enero de 2016 se inician las actividades objeto del contrato en mención y en especial solo para el tanque TK 7313, se inicia con las tareas civiles y de excavación para la ampliación del anillo de concreto del mismo tanque TK 7313.”

¹⁸⁷ En su interrogatorio de parte, el Representante Legal de TECNITANQUES, Don Eugenio Franco Delgado, así lo reconoce: “DR. LOMBANA: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que Ocesa y Tecnitiques no suscribieron el acta de inicio de obras para los tanques 7311 y 7312? SR. FRANCO: Nunca se suscribió el acta de inicio de las obras para los tanques 7311 y 7312, porque, primero, no lo exigió Ocesa, porque tampoco necesitamos interventoría, entonces nunca exigió eso Ocesa, esas actas, por qué, porque para el primer, tanque 7313, tampoco la exigió y nunca entregó el programa maestro de mantenimiento para saber en qué fecha iban a entregar el tanque, es decir, yo no sabía absolutamente nada del desarrollo y la planeación que tenía Ocesa, jamás supe la planeación ni me la dijeron, dure año y medio preguntando y nunca”. Asimismo, el Representante Legal de Ocesa en su informe juramentado, indicó: 11. ¿Cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que Ocesa recibió de Tecnitiques los prefabricados de los tanques TK7311 y TK7312? Ocesa no autorizó el inicio de actividades de ampliación de los tanques TK7311 y TK7312, dado que jamás se suscribió el acta de inicio de obras de dichos tanques, como lo establece el Contrato 3802174. Por lo que, Ocesa no recibió formalmente los prefabricados de los tanques TK7311 y TK 7312, con todo lo que implicaba el prefabricado”.

¹⁸⁸ Cuaderno de Pruebas 1 CD PRUEBAS DEMANDA. CD – PRUEBAS DDA ARBITRAL – TIT vs OCENSA. 3. Etapa Contractual – Contrato de Obra 3802174, Sección “10.01 Representante del Contratante El Representante del Contratante es MILLER GONZÁLEZ, quien podrá ser reemplazado por el Contratante mediante una Notificación al Contratista. El Representante del Contratante tiene la autoridad para obligar al Contratante en todos los asuntos relacionados a los Servicios y al Contrato, y todas las notificaciones para el Representante del Contratante serán consideradas notificaciones para el Contratante.”

Programa Maestro de Trabajo (PMT), las actividades de prefabricación se iniciaron y ejecutaron simultáneamente respecto de los tres tanques:

(i) En el Acta de Comité de Proyectos No. 005 de 20 de mayo de 2015, se indica:

*“Tecnitanques informa que el 15 de junio se iniciarán las labores de prefabricado en Barranquilla.”*¹⁸⁹

(ii) El Acta de Comité de Proyectos No. 014 de 27 de agosto de 2015, consigna:

*“Tecnitanques informa el estado de prefabricación en el Taller de Prefabricado, en resumen TK7313, se encuentra en sitio al 100% del material en taller, Prefabricado Trazo, corte, Rolado, Cuarto anillo, tercer anillo, segundo anillo, Primer anillo, puertas de limpieza, inicio de las actividades de los tanques 7312, 7311.”*¹⁹⁰

(iii) El Acta de Comité de Proyectos No. 016 de 18 de septiembre de 2015, expresa:

*“El prefabricado de los tanques 7312 y 7311 se encuentra en proceso con avances del 27.5% y el 33.2% respectivamente.”*¹⁹¹

(iv) El Acta No. 022 de 13 de enero de 2016, hace constar:

*“Tecnitanques informa acerca del avance del prefabricado de los tanques 7313, 7312, 7311, en taller de prefabricado así: tanque 7313, 98%. Tanque 7312 90%. Tanque 7311 90%. Ocesa programará visita para revisión de los mismos.”*¹⁹²

(v) En el Acta de Avances de Prefabricados No. 4 de 25 de febrero de 2016, se dice:

“Dejan constancia de que:

*“En visita realizada el 27 de enero de 2016, a las instalaciones del taller de prefabricado de Tecnitanques Ingenieros SAS Barranquilla (...) Compañía Colombiana de metalmecánica, (...) se constata que se encuentran terminados los prefabricados del tanque 7313 al 100% (...) se constata la terminación al 100% de los prefabricados de los tanques 7312 y 7311, encontrándose satisfactorio de acuerdo a los planos revisados por el área de integridad de Ocesa SA.”*¹⁹³

Desde esta perspectiva, los elementos probatorios acreditan la programación de los prefabricados para los tres tanques en el período comprendido entre el 24 de abril de 2015 al 28 de junio de 2015, la adquisición de los materiales y su ejecución

¹⁸⁹ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, CD-pruebas dda arbitral- tit vs ocensa- 4. Actas reunión - Ctto de Obra 3802174.

¹⁹⁰ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, CD-pruebas dda arbitral- tit vs ocensa- 4. Actas reunión - Ctto de Obra 3802174.

¹⁹¹ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, CD-pruebas dda arbitral- tit vs ocensa- 4. Actas reunión - Ctto de Obra 3802174.

¹⁹² Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, CD-pruebas dda arbitral- tit vs ocensa- 4. Actas reunión - Ctto de Obra 3802174.

¹⁹³ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, Pruebas para radicar, 62. Acta avance prefabricados.

simultánea respecto de todos, la suscripción del Acta de Inicio de Obras del tanque TK7313 y su ausencia frente a los Tanques TK7311 y TK7312.

5.3.4.5. En concepto de la Convocante, al ejecutar la totalidad de los prefabricados, tiene derecho a la remuneración acordada, ya sea por el valor global estimado en el contrato para cada tanque por cuanto el sistema del libro abierto no se pudo adelantar al excluir OCENSA los tanques TK7311 y TK7312, ora a precios unitarios tomando como referente objetivo el valor estimado y cancelado por el tanque TK7313, efectivamente ejecutado.

Para la Convocada, la pretensión debe negarse al haberse pactado que el ejercicio de la facultad de exclusión no comporta el pago de reparación, indemnización ni de la remuneración respecto de los tanques excluidos, además porque los prefabricados integran la Fase de Construcción y Montaje, de la que, *el “ítem principal es la INSTALACIÓN que a su vez incorpora un trabajo primario de prefabricación y a su vez estipulaba como el 40% de la Suma Global Fija, que tampoco habría de reconocerse habida cuenta de que no tuvo lugar el inicio de la metodología de Libro Abierto”*; que los tanques TK7311 y TK7312 no llegaron a esa fase, tampoco se acreditó el precio unitario, y TECNITANQUES no desarrolló el 100% del prefabricado, sino que ejecutó apenas de manera parcial algunos trabajos sobre la lámina de los Tanques TK7311 y TK7312, como demuestra el dictamen pericial que aportó y el Libro Abierto del Tanque TK7313, donde se describen en detalle las actividades que abarca el prefabricado en Taller, en línea con las Especificaciones Técnicas¹⁹⁴.

El Ministerio Público precisa que los servicios de ingeniería se pagarían bajo la suma global fija y los de gestión de compras, construcción y montaje de las obras con la modalidad de libro abierto para cada tanque; que los prefabricados son parte de la construcción y montaje, cuya remuneración según la cláusula 5.01 no corresponde al “pago del 40% de la suma global fija de la construcción y montaje”; que los tanques 7311 y 7312, solo fueron objeto de prefabricados, primera actividad de las diez que componen la actividad de construcción y montaje; y que procedería reconocer su valor real invertido conforme a las pruebas obrantes en el proceso y considerando el numeral 10 del dictamen pericial aportado por OCENSA.

El citado dictamen pericial aportado por OCENSA, rendido por el perito Carlos Jaimes, concluye lo siguiente:

“10. Podría usted indicar al tribunal con fundamento en la información contable de TECNITANQUES que le fue suministrada el valor total de costo incurrido por TECNITANQUES por concepto de prefabricación? y absuelta esta pregunta, indicar si de acuerdo a la forma en que TECNITANQUES lleva a cabo los registros contables, centros de costos y demás asociados al Contrato, es posible establecer el valor total invertido por TECNITANQUES en prefabricaciones en taller para cada uno de los Tanques inicialmente comprendidos en el Contrato?”

“RESPUESTA:

¹⁹⁴ Cuaderno de Pruebas, Pruebas aportadas con la Contestación de la Demanda, folio 339.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

“De la revisión de los documentos, las facturas aportadas por Tecnitanques y los conceptos de estas, en algunos casos comprendiendo los servicios de corte, rolado y biselado de láminas, los mismos fueron realizados por la Compañía Colombiana de Ingeniería Metalmeccánica S.A. Comdistral S.A.

“Los valores que son tomados de la contabilidad para los años 2015 a 2017, totalizan \$ 1.584.064.120, como costos de Tecnitanques, pagados a Comdistral. Recordemos que, por el concepto de prefabricación, en la ampliación del tanque 7313, Tecnitanques facturó a Ocesa S.A. costo directo por \$885.955.410. El cuadro de los pagos durante el proyecto a proveedores ordenado por valor de mayor a menor es el siguiente: [...]

“La contabilidad de Tecnitanques solo utilizó el centro de costo OP-1471 para Ocesa S.A., sin detallar que correspondía a cada tanque como claramente lo exige la metodología de Libro Abierto descrita en este documento. La contabilidad de Tecnitanques, tampoco detalla los trabajos de prefabricados realizados.

“No obstante, y tomando como fuente las facturas de Comdistral S.A. efectuadas a Tecnitanques y aportadas para exhibición pudimos evidenciar que esta compañía efectuó algunas actividades de corte y rolado de lámina realizando una identificación por tanque.

“Con base en estas facturas aportadas he construido los siguientes cuadros que presentan los trabajos de corte y rolado que pudieron identificarse: [...]

“Para el tanque 7313 estas fueron las cifras canceladas por Tecnitanques y cantidades procesadas por Comdistral S.A: [...]

“Las cifras para cada tanque más las correspondientes a tres facturas no aportadas por Tecnitanques y una que no permite identificar a que tanque corresponde el trabajo, coincide con exactitud con la cifra total que la contabilidad oficial de Tecnitanques reporta como costos pagados a la compañía Dismacero SAS (sic) durante los años 2015, 2016 y 2017, por un valor total de \$ 1.584.054.121.

Tanque	Laminas Roladas	Cantidad	Valor
7313	79	581,26	\$ 572.560.225
7312	59	426,10	\$ 417.263.955
7311	44	360,18	\$ 422.748.952
SUB-TOTAL			\$ 1.412.573.132
Soportes no aportados por Tecnitanques			\$ 171.480.989
TOTAL COSTOS			\$ 1.584.054.121

“Las facturas de Comdistral no aportadas al expediente y que no permitieron su distribución por tanque fueron las siguientes:

“COMDISTRAL

“Documentos no aportados

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

FACTURA	FECHA	CONCEPTO	VALOR
980	2016/02/24	Servicio de Corte	50.173.871
997	2016/04/06	Asesoría Técnica	81.151.118
Pedido	2016/05/17	Suministros	14.828.000
1013	29/06/2016	Servicio de Corte	6.800.000
1017	2016/08/17	Fabricación Boquilla Anillo 1	18.528.000
		TOTAL	171.480.989

“La factura N°1017 si se aporta, pero no me fue posible establecer a que tanque correspondió la fabricación de la boquilla para el anillo 1. Los demás datos son obtenidos del detalle contable que provee la contabilidad de Tecnitanques.

“La información de detalle, que consta en las facturas de Comdistral (Ver Anexo N°9) y que en su descripción indican los trabajos realizados por corte y rolado permiten determinar el trabajo realizado y nos muestra que comparativamente tanto las cantidades y valores en pesos del tanque 7313 único intervenido y ampliado, son superiores a los trabajos que pudieron hacerse para los tanques no intervenidos, por lo que contable y financieramente **se puede concluir que el trabajo de corte, rolado y biselado no fue terminado para los tanques 7311 y 7312.** Llego a la anterior conclusión considerando que los trabajos a realizar para los tres tanques implicaban la construcción de tres anillos y como lo he dicho la propuesta alternativa incluyó el anillo adicional.

“Debo manifestar y hacer precisión que la comprobación que presento no permite señalar cuando se hizo el trabajo, tampoco que trabajo técnico quedó pendiente, es decir; que láminas quedaron pendientes de rolar o biselar por cuanto solo pude acceder a la descripción de las facturas expedidas de Comdistral, eso sí la suma de valores de estos documentos cuadra exactamente con la contabilidad de Tecnitanques a la que tuve acceso.

“Por no haber sido aportados la totalidad de los soportes que justifican los valores de costos cargados a la contabilidad, de la suma de costos que reflejan las cifras de Tecnitanques, estarían pendientes por distribuir entre los tres tanques la suma de \$ 171.480.989. Incluso en el evento que estos costos fueran asignados al tanque 7313, la cifra total pagada al proveedor ascendería a \$ 745.051.113, valor inferior a la suma facturada por Tecnitanques a Ocesa por valor de \$ 885.955.410, suma esta última que es igual a la indicada en la propuesta aceptada y a este se le adicionó el 33%.”

(...)

“31. ¿De la contabilidad analizada tanto de Tecnitanques como de Ocesa, evidenció usted costos y/o gastos asociados a la construcción y montaje de los Tanques 7311 y 7312?

“RESPUESTA:

“Como lo he explicado y demostrado a través de la contabilidad de Tecnitiques y los soportes de sus proveedores, solo encontré que para la construcción y montaje de los Tanques 7311 y 7312, algunas facturas que evidencian unas actividades de corte y rolado de lámina. Debo señalar que no encontré ningún soporte o evidencia que se hubieran desarrollado actividades de terminación de prefabricados o alguna erogación por concepto de la instalación”

(...)

“42. Conforme a la información contable de TECNITANQUES por usted verificada y los soportes que fueron exhibidos por ésta última, pudo establecer usted el monto de los pagos realizados por TECNITANQUES a la compañía COMDISTRAL que permitan establecer la culminación total de prefabricación de los Tanques 7311 y 7312, comprendiendo, además de los requisitos señalados en la Sección 5.03 del Contrato, el corte, rolado, biselado en taller sobre los Tres Anillos de Cada Tanque, el Inserto del Cuarto Anillo, Conexiones, Bridas, Cuellos Manholes y agitadores de cada tanque así como el costo de equipos de Puente Grúa, Equipo de Corte, soldadura, roladora, pulidora, equipos de oxicorte, en razón a 515 Mil Kilogramos (515 toneladas) para cada TANQUE?”

“RESPUESTA:

“Conforme al análisis que realicé en la respuesta que di a la pregunta N°10 de este dictamen, la contabilidad de Tecnitiques permite probar que se realizaron trabajos parciales de corte, rolado y bicelado a los tanques 7311 y 7312, realizado por el sub-contratista Comdistral. De las facturas aportadas y la base de proveedores de la OP 1471, no evidenció obras de inserto del cuarto anillo, conexiones, bridas, cuellos manholes y agitadores. Tampoco encontré facturas que relacionaran alquiler o suministro de equipos de puente grúa, soldadura y oxicorte para esos tanques”.

En el mismo sentido, el señor Representante Legal de Oleoducto Central S.A. en su informe señaló:

“14. ¿Qué sucedió con los prefabricados de los tanques TK7311 y TK7312 que recibió Ocesa de Tecnitiques?”

“Ocesa no recibió formalmente los prefabricados de los tanques TK7311 y TK7312. Las láminas que Tecnitiques decidió rolar para los tanques TK7311 y TK7312 se encuentran en el Terminal Coveñas de Ocesa. Es importante aclarar que Ocesa pagó totalmente a Tecnitiques el valor de las láminas pues así estaba contemplado en el contrato.

“15. ¿Ocesa pagó algún valor a Tecnitiques por concepto de prefabricados de los tanques excluidos TK7311 y TK7312?”

“Ocensa no solicitó ni autorizó el inicio de actividades de ampliación de los tanques TK7311 y TK7312, por lo que Ocensa no realizó pagos a Tecnitiques por concepto de prefabricados de los mencionados tanques.

“Es preciso reiterar que los tanques a los que se refiere la pregunta fueron excluidos del alcance del Contrato, antes de suscribir el acta de inicio, posibilidad que siempre estuvo presente en el Contrato.

“Ocensa pagó a Tecnitiques la totalidad de la ingeniería desarrollada, que era un entregable para todos los tanques, el valor de las láminas adquiridas y todo lo correspondiente a las actividades desarrolladas sobre el Tanque TK7313, las cuales se valoraron aplicando la metodología de libro abierto.

“A la terminación del Contrato, como pasa en este tipo de acuerdos, quedó un pendiente de pago el valor de retención en garantía. Ocensa reconoció a Tecnitiques dicho valor mediante acuerdo de transacción. Por ello, actualmente OCENSA no adeuda ninguna suma a Tecnitiques bajo el Contrato 3802174.

“16. ¿En los acercamientos post contractuales incluido el intento de liquidación Ocensa reconoció haber recibido los prefabricados de los tanques excluidos TK7311 y TK7312?

“Ocensa no solicitó ni autorizó el inicio de actividades de ampliación de los tanques TK7311 y TK7312 y, por ello, Ocensa no ha recibido los prefabricados de los mencionados tanques.

“Las láminas roladas por Tecnitiques se encuentran en el terminal Coveñas de Ocensa.”¹⁹⁵

Como quedó antes sentado, la remuneración pactada en el Contrato se acordó en una suma fija global para los servicios de Ingeniería, y en una suma global fija para la Gestión de Compras, Construcción y Montaje para cada uno de los tanques, determinada con la metodología del libro abierto (open book), previo acuerdo de la totalidad de los costos revelados por cada tanque, las cantidades y precios, cuya sumatoria corresponderá a la suma global fija¹⁹⁶.

Los prefabricados no integran los servicios de ingeniería sino la fase de Gestión de Compras, Construcción y Montaje en el componente de Instalación de láminas, según la propuesta ajustada de TECNITANQUES¹⁹⁷ y el Anexo 5.01 del Contrato¹⁹⁸,

¹⁹⁵ Agrega: ***“3. ¿En qué condiciones se encuentran actualmente los tanques excluidos TK7311 y TK 7312? Los tanques TK7311 y TK7312, que fueron excluidos del alcance del Contrato, se encuentran en condiciones completamente operativas”***. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 489-498

¹⁹⁶ Anexo, Metodología del Libro Abierto INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN Y MONTAJE, PARA EL AUMENTO DE CAPACIDAD DE TANQUES DE ALMACENAMIENTO DE CRUDO, EXISTENTES EN EL TERMINAL DE COVEÑAS DE OCENSA.: *“A través del sistema de Libro Abierto (Open Book) se busca establecer el valor de los servicios de compras y construcción para cada uno de los tanques objeto del contrato, como una suma global fija, partiendo de la suma global estimada presentada en la oferta del CONTRATISTA y considerando el nivel de certidumbre que se alcanza con el desarrollo del Diseño Detallado efectuado dentro del alcance del contrato”*.

¹⁹⁷ Cuaderno de Pruebas – Pruebas de la Contestación de la Demanda, Folio 210

¹⁹⁸ Cuaderno de Pruebas – Pruebas de la Contestación de la Demanda, Folio 210. *“CONSTRUCCIÓN Y MONTAJE. El alcance general de la Construcción y Montaje hace referencia a: Prefabricación en taller (...)”*. Rodrigo Alfonso Rivera declaró: *“Qué nos puede decir específicamente con relación a los prefabricados y cuál era el procedimiento, qué son prefabricados, cuál era el procedimiento para su ejecución y cuáles se ejecutaron y cuáles no se ejecutaron y por qué? SR. ALFONSO: Los prefabricados es un sistema que venía en la línea de construcción y montaje del tanque*

instalación que no se inició, menos concluyó respecto de los tanques TK7311 y TK7312, lo que de suyo descarta la aplicación del precio global fijo pretendido, comprensivo no sólo de la prefabricación sino de múltiples actividades diferentes.

Tampoco existe en el proceso una prueba de los “costos revelados” incurridos por la prefabricación de los tanques TK7311 y TK712, y si bien el dictamen pericial aportado por OCENSA indica unos costos facturados, bajo el contrato los costos no sólo deben revelarse sino acordarse, también las cantidades de obra y sus precios para determinar así el valor resultante¹⁹⁹, por lo cual no puede por esa circunstancia tomarse como referente objetivo el valor de los costos del tanque ejecutado TK7313.

Al margen de la problemática aneja a la precisa determinación del valor de las actividades de los prefabricados ejecutados, y aún con independencia de que pudiera plantearse un criterio diferente al del Consejo de Estado respecto de la forma solemne escrita para la modificación del contrato estatal regido por el derecho privado, la conducta recíproca de las partes durante la ejecución del contrato, a juicio del Tribunal, entendida rectamente, no implicó su modificación, y se muestra armónica con su estructura y los riesgos.

Las Actas de Comité de Proyectos No. 005 de 20 de mayo de 2015, No. 014 de 27 de agosto de 2015, No. 016 de 18 de septiembre de 2015, No. 022 de 13 de enero de 2016 y No. 4 de 25 de febrero de 2016, acreditan que TECNITANQUES informó a OCENSA la iniciación de los prefabricados, su ejecución, avances y que se constató *“la terminación al 100% de los prefabricados de los tanques 7312 y 7311, encontrándose satisfactorio de acuerdo a los planos revisados por el área de integridad de Ocesa SA”*²⁰⁰, pero en parte alguna dejan sin efecto la estipulación contractual relativa al Acta de Inicio de Obras.

Por el contrario, el 8 de enero de 2016, las partes expresamente suscriben el Acta de Inicio de Obras del tanque TK7313 lo que permite concluir que, si hubieran modificado el Contrato para suprimir dicha Acta carecería de sentido que la hubieran suscrito respecto de ese tanque y no fuera necesaria para los tanques TK7311 y TK7312.

De manera que entendida rectamente esa conducta, se muestra coherente con el conocimiento que tenía TECNITANQUES desde la formulación de su oferta, sobre la necesidad de ajustar su conducta al Plan Maestro de Trabajo, programar la ejecución de las actividades previstas en el mismo en los tiempos proyectados y realizar la adquisición de los materiales necesarios, teniendo claro que el Acta de Inicio de Obras constituía una expresa exigencia pactada para efectos de la causación y pago de la remuneración correspondiente.

y en especial del tanque con acta de inicio, el prefabricado básicamente es una línea que consta del rolado de las láminas y un biselado, es la curvatura que se le da a las láminas que se van a instalar al tanque, ese es como tal el tema del prefabricado que es un rolado a las láminas, es un mecanizado y ya el hito de prefabricado viene con otras condiciones en el tema de construcción y montajes que derivan del accionar en campo el tanque, que solamente se ejecutó en el tanque 7313.”

¹⁹⁹ En su interrogatorio de parte, el Representante Legal de Tecnitanques, dijo: **“Pregunta No. 15.** *¿Diga cómo es cierto, sí o no, que bajo el sistema denominado openbook o en español libro abierto, previsto en la sección 501 del contrato, Ocesa y Tecnitanques establecieron la obligación de acordar los denominados costos revelados para cada uno de los tanques? SR. FRANCO: Sí, es cierto, pero el libro abierto es una certificación de que si el precio cobrado por otros era cierto o no era cierto y se llegó a la conclusión de que sí era cierto”.*

²⁰⁰ Cuaderno de pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, Pruebas para radicar, 62. Acta avance prefabricados.

En efecto, TECNITANQUES conocía desde la formulación de su oferta la necesidad de programar la ejecución de las actividades y realizar la adquisición de los materiales necesarios para tal efecto.

También conocía la facultad de OCENSA para excluir determinado tanque mientras no se hubiera suscrito el Acta de Inicio de las Obras respecto de cada tanque, lo que se traduce en la asunción espontánea, madura y reflexiva de un riesgo²⁰¹, y así lo estipuló en el contrato, pues al tenor de su contenido “*el Contratante se reserva el derecho y el Contratista acepta que, en cualquier momento con anterioridad a la suscripción del Acta de Inicio de las Obras de un determinado Tanque, el Contratante podrá enviar una Notificación al Contratista informando la exclusión de un determinado Tanque del alcance de las Obras objeto de este Contrato (el ‘Tanque Excluido’)*”, aceptando expresamente “*que la anterior decisión por parte del Contratante no constituye un incumplimiento del presente Contrato y que no generará el pago a favor del Contratista de ninguna compensación o indemnización en relación con el Tanque Excluido*”, y “*no tendrá derecho a **percibir la porción de la remuneración** en relación con el Tanque Excluido*”, remuneración que ahora pretende.

Sobre este respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

*“Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe preservarse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.”*²⁰²

*“Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar.”*²⁰³

Las partes, por supuesto, al contratar proyectan razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos, sin admitírsele alegar torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium non valet*) o contrariar la confianza legítima.

²⁰¹ En su interrogatorio de parte, el Representante Legal de Tecnitiques, expresó: “DR: NAMÉN: [...] como usted ha contestado que eso no es cierto y en la cláusula que le pone de presente el abogado, se dice textualmente eso, quisiera que por favor leamos esa cláusula para que nos explique el sentido de lo que usted acaba de expresarle al Tribunal. La cláusula dice específicamente, en la parte respectiva: “El contratista acepta que la anterior decisión por parte del contratante no constituye un incumplimiento del presente contrato y que no generará el pago a favor del contratista de ninguna compensación o indemnización, en relación con tanques excluidos.” Ese aparte del contrato que usted finalmente suscribió, ¿es correcto? SR. FRANCO: Es correcto....”.

²⁰² Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de junio de 2012. Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990).

²⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero de 2004, Expediente No. 14063.

Por lo expuesto, las Pretensiones Décima Primera, Décima Segunda, Subsidiaria de la Décima Primera y Primera Consecuencial no prosperan y así se declarará en la parte resolutive.

En su lugar, por todo lo expuesto en precedencia, al estar acreditado en el proceso el pago de las obligaciones de OCENSA, incluso el costo de las láminas de los tanques TK7311 y TK7312 y el pacto expreso de las partes en la Sección 3.02 del Contrato en cuanto a que la exclusión de un determinado tanque no genera pago a favor del Contratista de ninguna compensación o indemnización respecto del mismo y que “no tendrá derecho a percibir la porción de la remuneración en relación con el Tanque Excluido”, se declararán probadas las denominadas excepciones de “PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE OCENSA” y “ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE TECNITANQUES-IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL PREFABRICADO”.

5.4. PRETENSIONES DE PAGO DE REAJUSTES DEL PERSONAL

Respecto de las pretensiones Décima Cuarta, Décima Quinta y Décima Sexta de la demanda arbitral que solicitan declarar que Oleoducto Central S.A. está obligado a pagar a Tecnitiques Ingenieros S.A.S. el valor correspondiente a los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato 3802174, la condena a pagarlos y la incorporación de esta obligación en la liquidación, el Tribunal encontró probada la excepción de caducidad de la acción y así se declara en la parte resolutive.

5.5. PRETENSIONES RELATIVAS A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

5.5.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En torno a la liquidación del contrato, la parte Convocante solicita declarar “[q]ue el término establecido en el Contrato n° 3802174 suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitiques Ingenieros S.A.S., para realizar la liquidación bilateral del mismo, era de noventa (90) días y que expiró sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre el particular” (Pretensión Séptima de la demanda reformada, igual a la inicial); “[q]ue Oleoducto Central S.A. incumplió la Cláusula VII, Sección 7.013 del Contrato n° 3802174, en relación con la liquidación del Contrato dentro de los noventa (90) días contados a partir del momento en que se evidenció el incumplimiento de su parte” (Pretensión Octava de la demanda reformada, igual a la inicial); “[q]ue la liquidación del contrato es un aspecto comprendido dentro del pacto arbitral, contenido en la Cláusula VII, Sección 7.013 del Contrato n° 3802174, suscrito entre Oleoducto Central S.A. y Tecnitiques Ingenieros S.A.S” (Pretensión Novena de la demanda reformada, igual a la inicial) y “[q]ue, en consecuencia, se liquide el contrato” (pretensión Décima de la demanda reformada, igual a la inicial).

Pide incorporar en la liquidación las obligaciones de pagar el hito de prefabricación y el valor de los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato, como prestaciones a cargo de OCENSA (pretensiones Décima Tercera Principal, Segunda Consecuencial de la Subsidiaria a la Décima Primera, y Décima Sexta Principal).

5.5.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada, al contestar la demanda arbitral reformada, acepta que el Tribunal está facultado para efectuar la liquidación del Contrato, sin embargo, se opone al incumplimiento que le imputa TECNITANQUES y a los términos en que la solicita “pues ningún valor adeuda OCENSA a la Convocante” por cuanto “los montos de la liquidación no pueden ser los solicitados por TECNITANQUES, puesto que no le asiste razón alguna en lo pretendido en la Demanda”. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 281 del Código General del Proceso, pide incluir en la liquidación del Contrato los mayores valores cobrados que cobró TECNITANQUES por concepto de compra de lámina de los tres tanques y la instalación en la fase de Construcción y Montaje del tanque 7313 según concluyó el dictamen pericial del perito Carlos Eduardo Jaimes. Indica que, TECNITANQUES, no incurrió en esos costos “bajo la metodología de Libro Abierto”, y que “la liquidación del Contrato ha sido un asunto planteado al Tribunal desde el inicio de la controversia sometida a su consideración y tanto Convocante como Convocada han señalado que en efecto al Tribunal compete pronunciarse sobre este asunto, en el que, una vez conocida la situación que provocó la Convocante en ejecución del Contrato y que solo vino a ser revelada en esta sede arbitral hasta la práctica de los medios de prueba solicitados y decretados, es preciso solicitar al Tribunal incorporar en el ejercicio liquidatorio el saldo a favor que no podía procurarse TECNITANQUES”.

5.5.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.5.3.1. Liquidación es acción y efecto de liquidar, determinar el estado de algo, saldar, o hacer el ajuste formal de una cuenta.

Cuando se trata del contrato, la liquidación final es posterior a su terminación para determinar el balance de su celebración, ejecución y conclusión, las prestaciones contraídas, cumplidas e inejecutadas, los pagos, acreencias recíprocas e insolutas, los reconocimientos, las compensaciones, restituciones e indemnizaciones *inter partes*, el saldo líquido y su finiquito total, esto es, su resultado definitivo, sin perjuicio de las salvedades, reservas o controversias que subsistan entre los contratantes.

El Consejo de Estado, ha señalado que la liquidación del contrato estatal²⁰⁴, es “*posterior a su terminación normal o anormal*” y su “*objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación comercial*”²⁰⁵, es decir, su finalidad consiste en “*determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes*”²⁰⁶, explicándola así:

“La liquidación del contrato se ha definido, (...) como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante

²⁰⁴ Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, -derogado parcialmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007-; artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 217 del Decreto 19 de 2012.

²⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Exp. No. 16.370.

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 31 de octubre de 2001. Exp. No. 1365.

y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

“La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.

“(…) En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual”²⁰⁷.

La jurisprudencia también ha diferenciado la liquidación bilateral, la unilateral y la judicial, en los siguientes términos:

“La liquidación bilateral es el negocio jurídico mediante el cual las partes de común acuerdo definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo y a partir de allí realizan un balance final de cuentas para de ésta forma extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron del contrato estatal precedentemente celebrado. [...] el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada.

[...]

“La liquidación unilateral del contrato.

²⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 14 de mayo de 2014, Radicación 15001-23-31-000-1997-07016-01 (23.788). En el mismo sentido, Sentencias de 16 de octubre de 1980, Expediente 1960; mayo 17 de 1984 –exp. 2796; 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165; 30 de mayo de 1991, Exp. 6665; 6 de mayo de 1992; Exp. 666; junio 22 de 1995, Radicación No. 9965; 19 de julio de 1995, Exp. 7882; 22 de mayo de 1996, Exp.9208; 10 de abril de 1997, expediente 10608; febrero 20 de 1998, Exp. 14213; 9 de marzo de 2000-exp. 10778; octubre 28 de 2004, expediente 22261; 16 de febrero de 2001, exp.11689; agosto 30 de 2001 expediente 16256; 14 de febrero de 2002, Exp.13.600; 17 de 2003, expediente 24041; octubre 28 de 2004. Expediente 2226; abril 20 de 2005, Exp. 14213; 6 de julio de 2005. Exp.14.113; diciembre 4 de 2006, Expediente 15239; 31 de marzo de 2011. Exp.16246; Subsección C, Sentencia de 29 de febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371); 27 de marzo de 2014, Radicación 25000-23-26-000-1998-02814-01 (26939); abril 26 de 2018, Radicación número : 25000232600020020244101 (40351).

“Por su parte la liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado, mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal ya terminado, precisando quién le debe a quien y cuanto y que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquita[r].”

“La liquidación Judicial

“La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado.

“Ya en anteriores oportunidades la Sección Tercera de ésta Corporación al referirse a ésta modalidad de los contratos estatales había precisado que: “(...) es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas.”²⁰⁸

Análogamente, el Consejo de Estado ha precisado que el ejercicio de la acción contractual para pretender la liquidación judicial del contrato estatal debe hacerse antes de la consumación del término de caducidad, aspecto al que ya ha referido el Tribunal en aparte anterior.

5.5.3.2. Las partes del contrato en ejercicio de la autonomía privada y del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, con sujeción al ordenamiento jurídico pueden acordar su juzgamiento y determinación por árbitros²⁰⁹.

En efecto, “[...]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”²¹⁰, y ejercer la “función jurisdiccional” (art. 13, Ley 270 de 1996, modificado por el art. 6º de la ley 1285 de 2009) de “administrar justicia” (art. 116 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2002).

²⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 18 de mayo de 2017, Radicación: 05001-23-31-000-2009-01038-02 (57.864). En Sentencia del 30 de agosto de 2018. Exp. 37935, expresó: “[...] la liquidación es una actuación que sobreviene a la terminación, destinada a hacer constar el balance del contrato, las obligaciones satisfechas y los derechos exigidos, valores ejecutados y pendientes. [...] como las partes no procedieron a liquidar el contrato, corresponde al juez definir el balance financiero y, de esta forma, finiquitar la relación contractual”. En concepto de 29 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00030-00(C), la Sala de Consulta y Servicio Civil, indicó: “(v) Finalmente, si las partes no liquidan el contrato de mutuo acuerdo ni la entidad estatal contratante lo hace en forma unilateral, cualquiera de las partes puede solicitar al juez competente que efectúe la liquidación dentro del mismo plazo de dos (2) años, es decir, dentro del término de caducidad de la acción. Tal petición puede formularse ante la jurisdicción contencioso administrativa o ante un tribunal de arbitramento, en este último caso si las partes celebraron un pacto arbitral (compromiso o cláusula compromisoria)”.

²⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 18 de marzo de 2009, Exp. 11001-02-03-000-2009-00393-00: “[...] el arbitramento desarrolla el derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia [...]”.

²¹⁰ Modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2002; 8o (“Mecanismos Alternativos” al proceso judicial, modificado por el art. 3º de la Ley 1285 de 2009), y 13 [3] (modificado por el art. 6º. De la ley 1285 de 2009, del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares), Ley 270 de 1996 (D.O. 42.745 del 15 de marzo de 1996), “Estatuaria de la Administración de Justicia”.

A dicho propósito, es menester la habilitación de las partes contenida en un pacto arbitral, es decir, el acuerdo dispositivo por cuya virtud deciden someter a conocimiento de los árbitros ciertas controversias relativas “*asuntos de libre disposición o autorizadas por la ley*” (art. 1º. Ley 1563 de 2012), sean actuales (compromiso), ora futuras, (cláusula compromisoria), y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces permanentes²¹¹, como ha indicado el Consejo de Estado:

*“La cláusula arbitral contiene el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales litigios surgidos del contrato. Esta decisión bilateral puede formalmente aparecer estipulada como una simple cláusula contractual donde se manifieste la decisión de las partes de someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación al conocimiento de árbitros y de ser posible la delimitación material de las materias que se someterían a conocimiento de ellos.”*²¹²

En este asunto concreto, las partes estipularon el pacto arbitral en la modalidad de “Cláusula compromisoria” en la Cláusula 17.01 del Contrato No. 3802174 fechado el 10 de diciembre de 2014, para la decisión en derecho por un Tribunal Arbitral de “[t]odas las disputas y cualquier controversia derivada de, o en conexión con, el presente Contrato”.

En armonía con lo anteriormente señalado, la Convocante solicitó expresamente declarar que la liquidación judicial del Contrato No. 3802174 está comprendida en el pacto arbitral, y en consecuencia pide liquidarlo. A su vez, la Convocada al contestar la demanda reformada, acepta en forma clara que “*el Tribunal está facultado para liquidar el Contrato, conforme la Ley 1563 de 2012 y el alcance de la Cláusula Compromisoria*” (Respuesta a las Pretensiones Novena y Décima Principales)²¹³, reiterándolo así en sus alegatos de conclusión²¹⁴.

Desde esta perspectiva, las pretensiones Novena y Décima Principales de la demanda reformada, mismas del libelo primigenio, están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive, por cuanto las diferencias relativas a la liquidación derivan del Contrato No. 3802174 y están comprendidas en el pacto arbitral convenido en su Cláusula 17.01.

5.5.3.3. En torno al término para realizar la liquidación bilateral del Contrato 3802174, las partes acordaron en su cláusula 7.013:

“7.013 Etapa de Liquidación

²¹¹ Ley 1563 de 2012, arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 29, 41 [1], 69 y 108. El art. 3º, dispone:” El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria”.

²¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Auto de 6 de junio de 2013, Radicación: 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922)

²¹³ Cuaderno Principal II, Contestación a la demanda reformada, Numerales 2.9 y 2.10, folio 337.

²¹⁴ En su alegato de conclusivo indica. “*Sobre dichas pretensiones OCENSA se pronunció en la Contestación de la Demanda Reformada (Numerales 2.9 y 2.10 Cuaderno Principal II, Folio 337) y señaló que sobre el reconocimiento de tal pretensión ninguna responsabilidad se derivaba, habida cuenta que la liquidación contractualmente prevista habría de efectuarse bilateralmente, pero igualmente reconociendo que el Tribunal estaba facultado para efectuar la liquidación del Contrato pero señalando que “...los montos de la liquidación no pueden ser los solicitados por TECNITANQUES, puesto que no le asiste razón alguna en lo pretendido en la Demanda”.*

“Las Partes dispondrán de un término de 90 días contados a partir de la suscripción del Acta de Aceptación Final de la totalidad de los Tanques (es decir el Acta de Aceptación Final correspondiente al último de los Tanques entregados, exceptuando los Tanques Excluidos) para liquidar el Contrato y suscribir la correspondiente acta de liquidación (“el Acta de Liquidación”). En el Acta de Liquidación quedará la constancia que la liquidación del Contrato se efectúa sin perjuicio de las obligaciones de reparar Defectos durante el Periodo de Garantía y obligación de garantía que está obligado a asumir el Contratista en virtud del presente Contrato.”

Al tenor de lo pactado, el término para la liquidación bilateral del contrato se convino en 90 días a partir de la firma del Acta Final de la totalidad de los Tanques, es decir, el Acta de Aceptación Final correspondiente al último de los tanques entregados, exceptuando los Tanques Excluidos.

El 23 de enero de 2017 las partes suscribieron el “ACTA DE FINALIZACIÓN DEL TK 7313 TERMINAL COVEÑAS”, en la cual las partes *“declaran finalizados los servicios, a partir de la fecha de suscripción de la presente acta”* y la suscriben *“como soporte de la finalización de las actividades construcción y pruebas finales del TK7313”*²¹⁵.

Sin embargo, para el 23 de enero de 2017, Oleoducto Central S.A. no había ejercido la facultad de exclusión de los otros dos tanques, los denominados TK7311 y TK 7312, comprendidos en el Contrato.

TECNITANQUES en el hecho 93 de la demanda reformada afirma que recibió el *“18 de abril de 2017”, “mezclado entre otros documentos y en un sobre cerrado, un oficio de Ocesa a TI en el que informa de su decisión de excluir los dos tanques restantes”, “comunicación que tiene una fecha supuesta de abril 2016, pero fue elaborado y entregado, en realidad, en abril de 2017, como indica su sello interno de gestión documental”*.

En efecto, la copia de la comunicación de exclusión que obra en el proceso, está fechada a *“Abril 17 de 2016”* y en la misma consta: *“ENVIADAS 2017-04-18: 10:39. EUGENIO FRANCO DELGADO TECNITANQUES INGENIEROS”*.

Por consiguiente, en esa fecha *“2017-04-18”*, según reconoce TECNITANQUES, se le informó por OCENSA y conoció la decisión de *“excluir del alcance de las Obras objeto de este contrato la ejecución de los tanques TK7311 y 7312”*, expresándole:

*“Así las cosas, por medio de la presente comunicación, Ocesa notifica a la compañía que Usted representa la decisión de excluir del alcance del contrato los tanques mencionados. Agradecemos su compromiso y trabajo en la ejecución del tanque TK7313, para lo cual procederemos a recibir la respectiva obra e iniciar con la etapa de liquidación del contrato.”*²¹⁶

²¹⁵ Cuaderno de Pruebas, Pruebas de la Contestación de la Demanda, folio 419.

²¹⁶ Cuaderno de Pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, y Cuaderno de Pruebas, Pruebas de la Contestación de la Demanda, 27. Copia de la comunicación de OCENSA del 18 de abril de 2016 remitida a TECNITANQUES.pdf

Según la citada comunicación, a partir de ese momento se procedería a iniciar la Etapa de Liquidación del Contrato²¹⁷.

En consonancia, OCENSA elaboró y remitió a TECNITANQUES un proyecto o borrador de “Liquidación del Contrato” fechado a “12/05/2017”, respecto del cual le manifestó en su respuesta de 9 de noviembre de 2017 lo siguiente:

“La presente es la respuesta al oficio de 13 de junio de 2.017, “LIQUIDACIÓN BILATERAL”, en el cual OCENSA SA presenta su propuesta de liquidación del contrato en referencia.

“No estamos de acuerdo con el borrador de Liquidación Bilateral, debido a que OCENSA SA ‘omite’ el pago de los HITOS de prefabricado de los tanques TK7311 y TK7312, Estando este Hito de prefabricado cumplido por parte de TECNITANQUES INGENIEROS SAS”²¹⁸

En este contexto, el término para realizar la liquidación bilateral del Contrato No. 3802174 de conformidad con su Cláusula 7.013 era de 90 días contados a partir de la suscripción del Acta de Aceptación Final de la totalidad de los tanques, o sea, el Acta de Aceptación Final del último de los tanques entregados, exceptuando los tanques excluidos.

Este término contractual empezó a correr a partir de la fecha en que TECNITANQUES recibió la comunicación mediante la cual OCENSA ejerció la facultad de excluir los Tanques TK7311 y TK7312, y la informó, esto es, el 18 de abril de 2017, porque es en este momento en que se excluyen dichos tanques del alcance del contrato y la aquí Convocante conoce la exclusión²¹⁹.

Por estas consideraciones, y con ese entendimiento, estando probado que transcurrió el término de noventa días estipulado en la Cláusula 7.013 del Contrato No. 3802174 para realizar su liquidación bilateral y su expiración sin acuerdo de las partes al respecto, está llamada a prosperar la pretensión Séptima Principal de la demanda reformada, igual a la inicial.

Ahora bien, las pruebas acreditan que recibida por TECNITANQUES el 18 de abril de 2017 la comunicación de exclusión de los tanques TK7311 y TK7312, en perfecta correspondencia con su texto, OCENSA inició la Etapa de Liquidación del Contrato, elaboró y remitió un borrador de liquidación, con el que aquella no estuvo de acuerdo, lo que excluye el incumplimiento de la Cláusula VII, Sección 7.013, y también demuestra la expiración del plazo contractual sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre la liquidación bilateral del Contrato.

²¹⁷ Este entendimiento, coincide con la manifestación de Ocesa en su alegato de conclusión: “De esta forma, los mismos contrayentes habrían definido que el ejercicio liquidatorio del Contrato, que iniciaría tras el ejercicio del derecho de exclusión, en la forma y con los efectos previstos en la Sección 3.02, no habría de comprender consecuentemente los tanques que fueran objeto de exclusión [...]”.

²¹⁸ Cuaderno de Pruebas I, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 95 y 97.

²¹⁹ En el mismo sentido, el testigo Antonio Miguel Corena, funcionario de Ocesa y Administrador del Contrato, expresó en su declaración: “DRA. MEJÍA: Sí, desde luego, lo que le pregunto es por qué en esa fecha, que aparentemente es posterior, era necesario para ese momento, abril de 2017, excluir los tanques 7311 y 12 para entonces? SR. CORENA: En su momento no lo tengo claro, porque realmente no tengo clara la justificación del análisis que se realizó dentro de la organización para emitir el documento, lo que sí es claro es que la organización tomó la decisión en ese momento y envía la carta al contratista para poder iniciar la exclusión de los tanques y la liquidación contractual.”

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

Al no existir prueba del incumplimiento pretendido, la pretensión Octava Principal de la demanda reformada no prospera.

Tampoco prosperan las pretensiones Décima Tercera Principal y Segunda Consecuencial de la Subsidiaria a la Décima Primera para que se incluya en la liquidación del contrato la obligación de pagar el hito de prefabricación como prestación a cargo de OCENSA, en consonancia con la decisión adoptada sobre las pretensiones orientadas a declarar tales obligaciones e imponer la condena, que no prosperaron.

En torno a la pretensión Décima Sexta Principal que pide incluir en la liquidación la obligación de pagar el valor de los reajustes salariales del Personal Administrativo relacionado con el Contrato, como prestación a cargo de OCENSA, en armonía con lo analizado en otros apartes, el Tribunal declaró probada la excepción de caducidad.

En cuanto hace a la solicitud de la Convocada contenida en su alegato de conclusión para que se incluya en la liquidación del Contrato la suma de \$5.907.767.862, a título de un *“mayor valor cobrado”* por TECNITANQUES, en la compra de las láminas para la ampliación de los tres tanques y el servicio de instalación dentro de la fase de construcción y montaje del tanque TK 7313 bajo la metodología del libro abierto, costos en los que, según señala, la Convocante no incurrió y sobre los que no podía calcular el AIU pactado, todo con fundamento en el dictamen pericial de parte del perito Carlos Jaimes, en virtud del principio de congruencia no le es dado al Tribunal acceder a esa petición, puesto que, como lo reconoce la petente, no es controversia planteada en las pretensiones o en las excepciones interpuestas en su contra, ni configura los hechos en que éstas se sustentaron, y de la que, en sus palabras, *“sólo tuvo conocimiento”* y *“solo vino a ser revelada en esta sede de arbitral hasta la práctica de los medios de prueba solicitados y decretados”*.

Debe precisarse que la liquidación del contrato fue solicitada, y que de acuerdo con el artículo 282 del Código General del Proceso, *“cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*.

Empero, la controversia que ahora se plantea a propósito de un mayor valor cobrado en la compra de la lámina de los tres tanques y en los servicios de instalación dentro de la fase de construcción y montaje del tanque TK7313, que fueron pagados por OCENSA a TECNITANQUES deviene a la presentación de la demanda arbitral reformada, a su contestación, a las excepciones interpuestas en su contra, a los hechos que la sustentan y a la asunción de competencia del Tribunal.

En este sentido, es pertinente memorar que *“[e]l juzgador, por normas expresas e imperativas, está sujeto en su quehacer al principio de congruencia, sin poder actuar de oficio (ne procedat iudex ex officio) salvo autorización del ordenamiento jurídico, siéndole menester un pronunciamiento claro en coherente y simétrica correspondencia con el thema decidendum, esto es, ‘en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda’ y demás oportunidades procesales, así como ‘(...) con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren*

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

sido alegadas”, salvo las que debe declarar así no sean invocadas [...] El petitum, la causa petendi, sus soportes fácticos y normativos, la contestación, excepciones interpuestas y las alegaciones, imponen los linderos de la actividad del juez [...] (Sent. Cas. Civ. No. 076 de treinta de julio de 2008)²²⁰, y la sentencia “debe ser armónica con lo que constituye el objeto del litigio; es decir, con las pretensiones formuladas en la demanda, las excepciones propuestas por el demandado y, si fuere el caso, con las súplicas de la reconvencción y de los hechos exceptivos que se aduzcan para lograr su enervamiento, ya que en esta materia tiene preponderancia el principio dispositivo que inspira el procedimiento civil. Sólo en casos determinados en que el juez se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico, puede hacer pronunciamientos oficiosos, pues, como lo enseña la Corte en sentencia de 28 de noviembre de 1977, los jueces civiles tienen condicionado su poder decisorio a que los asociados demanden expresamente su intervención y les está limitado por los asuntos que éstos les demarquen en las pretensiones que ejerciten en la demanda o por el contenido de las excepciones que sean propuestas. El fallador, pues, no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes, y tampoco puede, desde luego que se reclama su intervención para desatar el litigio, dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su composición” (Cas. Civ. 27 de marzo de 1990, sin publicar).

Sin embargo, efectuada reserva expresa de la Convocada respecto del mencionado asunto, así se hará constar en la liquidación.

5.5.3.4. Consta en el proceso el proyecto de acta de “Liquidación del Contrato” No. 3802174 fechado a “12/05/2017”, elaborado por OCENSA y remitido a TECNITANQUES, así como su respuesta de 9 de noviembre de 2017, mediante la cual le expresó no estar de acuerdo, únicamente por omitir “el pago de los HITOS de prefabricado de los tanques TK7311 y TK73122”²²¹.

Este documento con el material probatorio y la decisión de las distintas pretensiones permite al Tribunal realizar la siguiente liquidación del Contrato:

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO		
1)	CONTRATO	No. 3802174 fechado el 10 de diciembre de 2014
2)	PARTES	OLEODUCTO CENTRAL S.A. (el “ <u>Contratante</u> ”) y TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S. (“el <u>Contratista</u> ”).
3)	OBJETO	Ingeniería, compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad en tanques de almacenamiento de crudo, existentes en el Terminal de Coveñas de Orensa, en el Municipio de Coveñas, en el Departamento de Sucre, descrito en su cláusula 3.01. (“Objeto), con el alcance previsto en su texto (Cláusula 3.02).
4)	PLAZO TOTAL DE EJECUCIÓN	Treinta (30) meses.
5)	FECHA ACTA DE INICIO DEL CONTRATO	27/03/2015
6)	FECHA ACTA DE INICIO DE OBRAS TK 7313	8/01/2016

²²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de septiembre de 2009, Expediente 17001-3103-005-2003-00318-01.

²²¹ Cuaderno de Pruebas 1, folio 1 CD Pruebas Demanda, pruebas para radicar, pruebas No. 95 y 97.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

7)	FECHA DE FINALIZACIÓN TANQUE TK 7313	23/01/2017																																																																																										
8)	VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$43.917.837.034 Incluido AIU antes de IVA.																																																																																										
9)	VALOR FINAL DEL CONTRATO	\$23.102.052.209 Incluido AIU antes de IVA (Total facturado y pagado incluido IVA \$23.241.011.923).																																																																																										
10)	VALOR SUMA GLOBAL FIJA	\$23.102.052.209 (Total facturado y pagado incluido IVA \$23.241.011.923).																																																																																										
11)	TANQUES EXCLUIDOS	TK 7311 y TK7312 según comunicación fechada a “Abril 17 de 2016”, y en la que consta: “ENVIADAS 2017-04-18: 10:39. EUGENIO FRANCO DELGADO TECNITANQUES INGENIEROS”.																																																																																										
12)	PAGOS EFECTUADOS POR OLEODUCTO CENTRAL S.A. A TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.	<p>De conformidad con el dictamen pericial rendido por el perito Carlos Eduardo Jaimes, fechado a 26 de octubre de 2020, los pagos, valores y fechas, se expresan en el cuadro que se reproduce y coinciden con los consignados en el borrador de “ACTA DE LIQUIDACIÓN” de Oleoducto Central S.A.²²², así:</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th>FECHA</th> <th>DOCUMENTO</th> <th>FACTURA TECNITANQUES</th> <th>FECHA FRA</th> <th>CONCEPTO</th> <th>VALOR</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>7/04/2015</td> <td>Acta N°1</td> <td>2165</td> <td>7/04/2015</td> <td>Compra de Láminas</td> <td>3.352.450.633</td> </tr> <tr> <td>1/07/2015</td> <td>Acta N°2</td> <td>2232</td> <td>1/07/2015</td> <td>Compra de Láminas</td> <td>3.352.450.633</td> </tr> <tr> <td>5/10/2015</td> <td>Acta N°3</td> <td>2251</td> <td>21/10/2015</td> <td>Ingeniería</td> <td>819.333.533</td> </tr> <tr> <td>11/05/2016</td> <td>Acta N°4</td> <td>2360</td> <td>29/05/2016</td> <td>Compra de bridas, tuberías, estructura y otros</td> <td>478.145.473</td> </tr> <tr> <td>11/05/2016</td> <td>Acta N°5</td> <td>2361</td> <td>29/05/2016</td> <td>Construcción y montaje. Hito de prefabricado</td> <td>5.385.337.721</td> </tr> <tr> <td>11/05/2016</td> <td>Acta N°6</td> <td>2362</td> <td>29/05/2016</td> <td>Instalación del tercer y segundo anillo</td> <td>2.099.964.692</td> </tr> <tr> <td>6/10/2016</td> <td>Acta N°7</td> <td>2387</td> <td>7/10/2016</td> <td>Instalación del primer anillo</td> <td>1.438.363.100</td> </tr> <tr> <td>4/11/2015</td> <td>Acta N°8</td> <td>2402</td> <td>11/11/2016</td> <td>Llevar al 100% la construcción y montaje</td> <td>3.156.780.028</td> </tr> <tr> <td>16/12/2016</td> <td>Acta N°9</td> <td>2418</td> <td>18/12/2016</td> <td>Pruebas hidrostáticas, superficies y pintura</td> <td>159.616.189</td> </tr> <tr> <td>16/12/2016</td> <td>Acta N° 10</td> <td>2419</td> <td>18/12/2016</td> <td>Adicional dilución DICOV</td> <td>764.809.904</td> </tr> <tr> <td>16/12/2016</td> <td>Acta N° 11</td> <td>2422</td> <td>18/12/2016</td> <td>Conciliación Libro Abierto 1.</td> <td>715.313.358</td> </tr> <tr> <td>16/12/2016</td> <td>Acta N° 12</td> <td>2423</td> <td>18/12/2016</td> <td>Conciliación Libro Abierto 2.</td> <td>606.966.861</td> </tr> <tr> <td>31/12/2016</td> <td>Acta N° 13</td> <td>2444</td> <td>14/02/2017</td> <td>Conciliación Libro Abierto 3.</td> <td>911.479.797</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> <td>TOTAL FACTURADO Y PAGADO</td> <td>23.241.011.923</td> </tr> </tbody> </table>	FECHA	DOCUMENTO	FACTURA TECNITANQUES	FECHA FRA	CONCEPTO	VALOR	7/04/2015	Acta N°1	2165	7/04/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633	1/07/2015	Acta N°2	2232	1/07/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633	5/10/2015	Acta N°3	2251	21/10/2015	Ingeniería	819.333.533	11/05/2016	Acta N°4	2360	29/05/2016	Compra de bridas, tuberías, estructura y otros	478.145.473	11/05/2016	Acta N°5	2361	29/05/2016	Construcción y montaje. Hito de prefabricado	5.385.337.721	11/05/2016	Acta N°6	2362	29/05/2016	Instalación del tercer y segundo anillo	2.099.964.692	6/10/2016	Acta N°7	2387	7/10/2016	Instalación del primer anillo	1.438.363.100	4/11/2015	Acta N°8	2402	11/11/2016	Llevar al 100% la construcción y montaje	3.156.780.028	16/12/2016	Acta N°9	2418	18/12/2016	Pruebas hidrostáticas, superficies y pintura	159.616.189	16/12/2016	Acta N° 10	2419	18/12/2016	Adicional dilución DICOV	764.809.904	16/12/2016	Acta N° 11	2422	18/12/2016	Conciliación Libro Abierto 1.	715.313.358	16/12/2016	Acta N° 12	2423	18/12/2016	Conciliación Libro Abierto 2.	606.966.861	31/12/2016	Acta N° 13	2444	14/02/2017	Conciliación Libro Abierto 3.	911.479.797					TOTAL FACTURADO Y PAGADO	23.241.011.923
FECHA	DOCUMENTO	FACTURA TECNITANQUES	FECHA FRA	CONCEPTO	VALOR																																																																																							
7/04/2015	Acta N°1	2165	7/04/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633																																																																																							
1/07/2015	Acta N°2	2232	1/07/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633																																																																																							
5/10/2015	Acta N°3	2251	21/10/2015	Ingeniería	819.333.533																																																																																							
11/05/2016	Acta N°4	2360	29/05/2016	Compra de bridas, tuberías, estructura y otros	478.145.473																																																																																							
11/05/2016	Acta N°5	2361	29/05/2016	Construcción y montaje. Hito de prefabricado	5.385.337.721																																																																																							
11/05/2016	Acta N°6	2362	29/05/2016	Instalación del tercer y segundo anillo	2.099.964.692																																																																																							
6/10/2016	Acta N°7	2387	7/10/2016	Instalación del primer anillo	1.438.363.100																																																																																							
4/11/2015	Acta N°8	2402	11/11/2016	Llevar al 100% la construcción y montaje	3.156.780.028																																																																																							
16/12/2016	Acta N°9	2418	18/12/2016	Pruebas hidrostáticas, superficies y pintura	159.616.189																																																																																							
16/12/2016	Acta N° 10	2419	18/12/2016	Adicional dilución DICOV	764.809.904																																																																																							
16/12/2016	Acta N° 11	2422	18/12/2016	Conciliación Libro Abierto 1.	715.313.358																																																																																							
16/12/2016	Acta N° 12	2423	18/12/2016	Conciliación Libro Abierto 2.	606.966.861																																																																																							
31/12/2016	Acta N° 13	2444	14/02/2017	Conciliación Libro Abierto 3.	911.479.797																																																																																							
				TOTAL FACTURADO Y PAGADO	23.241.011.923																																																																																							
13)	MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA	No constan.																																																																																										

²²² El cuadro es del dictamen pericial que concluye: “14 Sírvase indicar de conformidad con lo dispuesto en el Contrato, la contabilidad de OCENSA, las trece (13) actas de pago que se suscribieron en desarrollo del mismo, la facturación que a consecuencia de las mismas fue radicada por TECNITANQUES y pagada por OCENSA, el valor total pagado por OCENSA a TECNITANQUES? RESPUESTA: Conforme a la contabilidad de Ocensa S.A., el procedimiento que debía seguirse para la facturación por parte de Tecnitanques y posterior pago por parte de Ocensa S.A., tenía como requisito la suscripción de un acta de pago. Ocensa S.A., canceló la suma total de \$ 23.241.011.923, que esta compuesta por los costos asignados al tanque 7313 y la parte de Ingeniería y compra de Láminas asignadas a los tanques 7311 y 7312, valores estos cancelados de manera anticipada. Los \$23.241 millones fueron facturados por Tecnitanques y pagados por Ocensa S.A.. Seguidamente relaciono cada una de las facturas indicando su valor y sus fechas las cuales fueron a los días siguientes de la suscripción de las actas de pago: (...)” Inserta el cuadro transcrito.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

14)	GARANTÍAS	Subsisten las garantías y responsabilidades en los términos legales y del contrato, en particular las relacionadas con la calidad de las obras, el buen funcionamiento de equipos y obligaciones de indemnidad contraídas por el Contratista.
15)	OBLIGACIONES ULTERIORES A LA TERMINACIÓN	Conforme a la Cláusula 18.03: Período de Garantía (Sección 7.013), Indemnidad (Sección 13.05), Contratista Independiente (Sección 18.08), Confidencialidad (18.09) y las demás previstas en la ley y en su texto.
16)	DEUDAS INSOLUTAS PARA CON EL CONTRATISTA	No constan.
17)	La presente liquidación no afecta las reclamaciones de OCENSA referidas a sus reservas respecto de un “ <i>mayor valor cobrado</i> ” por TECNITANQUES en la compra de lámina de los tres tanques y el servicio de instalación dentro de la fase de construcción y montaje del tanque 7313 bajo la metodología del libro abierto.	

En virtud de lo anteriormente expresado, la pretensión Décima Principal de la demanda reformada (“*[q]ue, en consecuencia, se liquide el contrato*”), prospera.

5.6. PRETENSIÓN DE COSTAS

Sobre las costas del proceso el Tribunal se pronunciará posteriormente.

6. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

La Convocada, al contestar la demanda arbitral reformada, propuso las excepciones de mérito que se relacionan seguidamente, las cuales fueron replicadas en tiempo por la Convocante. El Tribunal realizará una reseña respecto de los medios de defensa formulados por la Convocada, para finalizar indicando qué excepciones se encuentran demostradas de conformidad con el análisis efectuado al despachar las pretensiones de la demanda principal reformada.

A. “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE OCENSA”

“A.1. PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE OCENSA

A.2 EJERCICIO VÁLIDO Y OPORTUNO DE LA FACULTAD CONTRACTUAL DE OCENSA PARA EXCLUIR TANQUES-FACULTAD CONOCIDA Y ACEPTADA POR TECNITANQUES”

En síntesis, se fundamenta en el pago total de las obligaciones a cargo de OCENSA y en el ejercicio válido de la facultad de excluir tanques conforme a la Sección 3.02 (Alcance de las obras) y 7.03 (inicio de obras) del Contrato, conocida y aceptada por TECNITANQUES. Precisa el pago total de las prestaciones respecto del único tanque objeto de ampliación TK7313, esto es, la compra de láminas e intervención, por cuanto los tanques TK7311 y 7312 fueron excluidos; los prefabricados son parte de la etapa de construcción y montaje que no se presentó, siendo improcedentes los valores pretendidos, porque dicha etapa no se dio, los tanques se excluyeron, no se abrió el libro abierto para determinar sus costos, y el contratista asumió un riesgo, de donde “*el valor reclamado por el prefabricado por parte de TECNITANQUES no es procedente, pues nunca existió Acta de Inicio de Obras, y el Demandante era consciente de que existía una facultad de exclusión en cabeza*

de OCENSA de excluir uno o mas tanques, por lo que su obrar, significa en últimas que, *asumió un riesgo exclusivo, en la ejecución de prefabricado de los dos Tanques restantes que serian excluidos por OCENSA de manera legitima y oportuna*, y los pagos realizados extinguen la obligación.

A esta excepción se opuso la Convocante, porque cuando una *“parte adecua su conducta a las expectativas creadas como consecuencia de la conducta de la contraparte, el ordenamiento está en capacidad de proteger los derechos derivados de ese actuar, aunado al decaimiento de las condiciones fácticas en las que se conoció la cláusula de exclusión”*, el pago del tanque TK7313 no se pretendió en el proceso, y el ejercicio de la facultad de exclusión fue abusivo e ilegítimo.

B. “BUENA FE DE OCENSA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO”

Se fundamenta en la actuación de buena fe de OCENSA *“conforme a lo pactado en todo el iter contractual”* y en el Contrato, acordó la cláusula de exclusión, la informó desde la etapa contractual, ejerció la facultad en forma legítima e invitó a la liquidación del Contrato.

La Convocante se opuso argumentando la variación de las condiciones fácticas en que se acordó la citada facultad de exclusión, su desaparición con la modificación del objeto, de tal manera modificados las circunstancias con la entidad suficiente para considerarse que su ejercicio en tales términos desconocería la finalidad perseguida inicialmente con su inclusión, *“una correcta aplicación del principio de buena fe objetiva hubiera respondido a la exigencia derivada de éste y adecuar la conducta y por ende del contenido normativo contractual en orden de preservar su finalidad y naturaleza iniciales y consentidas, cosa que, como es sabido, no ocurrió”*.

C. “EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES-PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. VOLUNTAD DE CONTRATACIÓN”

Fundamentada en la vinculatoriedad del Contrato y su desconocimiento por la Convocada, porque la cláusula de exclusión se conoció, informó y aceptó desde los pliegos de condiciones, y se pactó expresamente.

La Convocante precisa que el Contrato obliga a su cumplimiento de buena fe, y en el caso *“se configuró un ejercicio abusivo de un poder jurídico cuyo contenido material de terminación unilateral desprovisto de fundamento teleológico fue proyectado sobre Tecnitanques, cuando lo cierto es que a la luz de la buena fe objetiva y la naturaleza, objeto y fin ella, en los términos contractuales, resultaba inaplicable”*.

D. “ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE TECNITANQUES-IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL PREFABRICADO”

Fundada en la ausencia de autorización expresa de OCENSA para realizar los prefabricados y en que no se firmó el Acta de inicio de las obras, de donde TECNITANQUES asumió un riesgo al ejecutarlos de manera previa y autónoma,

conociendo la posibilidad que se tenía de excluirlos, alega su propia culpa y es impropio el pago pretendido.

La Convocante se opuso en tanto OCENSA siempre conoció el inicio y estado de los prefabricados, se ejecutaron y no comunicó la exclusión antes de su ejecución.

E. “TECNITANQUES DESCONOCE LA NATURALEZA DEL CONTRATO SUSCRITO CON OCENSA-CONTRATO CON LIBROS ABIERTOS”

Se funda en la retribución pactada para la fase de compras, construcción y montaje bajo el sistema Open Book que determina el valor de las compras y la construcción, pasando de una suma global estimada en la propuesta a una suma global fija determinada, previo acuerdo de las partes respecto de la totalidad de los costos revelados para cada uno de los Tanques, donde se incluiría dicha información en el listado de cantidades y precios de cada Tanque a reconocer, fase en la que la prefabricación es una de las actividades de construcción y montaje, que solo se podía iniciar una vez suscrita el Acta de Inicio de Obras, como condición precedente. El Contrato era llave en mano, pero con una suma global fija para las actividades de ingeniería y una suma global estimada para las actividades de compras, construcción y montaje que sería determinada bajo el sistema de Libro Abierto (Sección 5.01 y Anexo 5.01 del Contrato); las actividades de compras, construcción y montaje solo podían iniciarse a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Obras (Sección 7.03), donde el prefabricado se incluye como una actividad de la fase de construcción (Anexo 5.01 del Contrato); y el plazo máximo de entrega de cada Tanque solo iniciaba a contarse una vez se suscribiera el Acta de Inicio de Obras de cada Tanque (Sección 7.03), por lo que no es cierto el argumento de que el prefabricado se debiera desarrollar de forma paralela para los tres Tanques ya que la ejecución y remuneración de cada uno era totalmente independiente. Además, se pactó la cláusula de exclusión y se ejerció.

La Convocante se opuso porque el hito de prefabricación de los tres tanques, la necesidad de ejecutar el objeto del contrato dentro del plazo previsto, que expiraba en septiembre de 2017, y las diferentes actuaciones al interior del Contrato generaron en TECNITANQUES la necesidad de organizarse para tener la capacidad y la disponibilidad para intervenir cualquiera de los tres tanques y, en consecuencia, adelantó de forma simultánea los procesos de ingeniería, compras de lámina y prefabricación, como lo había indicado desde la presentación de su oferta, teniendo en cuenta que el contratante mostró en todas las reuniones y actas, y en el desarrollo del objeto contractual, la voluntad de llevar a cabo la ejecución de todos los tanques en virtud de la naturaleza, la conducta contractual y la operación económica y fin inherente al contrato, razón por la cual OCENSA con su comportamiento negocial produjo un daño patrimonial a TECNITANQUES que debe reparar.

F. “NO CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN PRECEDENTE PARA REALIZAR EL PREFABRICADO Y POR ENDE OBTENER EL PAGO RECLAMADO”

Se fundamenta en la falta de cumplimiento de la condición precedente para iniciar el hito de prefabricado y su correspondiente pago, esto es, la suscripción del Acta de Inicio de Obras o, incluso el Acta de finalización de hito, desde la cual

podía realizarla y contaba el término de entrega. Además, la prefabricación integra la fase de construcción y montaje, en particular, la instalación.

La Convocante se opuso porque su demanda no pretende un pago debido sino la indemnización de un daño patrimonial como consecuencia del incumplimiento del Contrato por parte de aquella en cuanto a su obligación de poner a disposición los tanques para su intervención, así como el ejercicio ilegal de una facultad contractual.

G. “TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS-TECNITANQUES NO PUEDE DESCONOCER SUS PROPIOS ACTOS, NI SUS DECLARACIONES Y GARANTÍAS”

Se sustenta en el desconocimiento de la facultad contractual y de los riesgos que asumió al ejecutar el prefabricado antes de la suscripción de las Actas de Inicio de las Obras de cada Tanque, cuando no puede actuar de manera contraria a su manifestación realizada en la oferta del 29 de octubre de 2014, en la que aceptó que OCENSA contaba con la facultad para excluir uno o más Tanques del objeto contractual, y que su ejercicio no constituye incumplimiento; igualmente el 10 de diciembre de 2014 firmó en esos términos el Contrato, durante la ejecución no expresó inconformidad con la remuneración y las condiciones, firmó el acta de finalización del tanque TK7313 el 23 de enero de 2017, por lo cual no puede invocar que las condiciones del Contrato no eran adecuadas o que la facultad de exclusión le tomó por sorpresa, o que la forma de remuneración no resultaba ajustada al pacto para su desarrollo.

La Convocante se opuso argumentado que no existe contrariedad alguna cuando reprocha el incumplimiento por un ejercicio desbordado e ilegal de una facultad de exclusión que, si bien es contractual, se encontró ineficaz al interior del mismo cuando las circunstancias y causa que dieron origen a su inclusión fueron modificadas con la entidad necesaria para ello, como lo fue pasar de siete tanques a tres, y su consecuente ejercicio ilegal que derivó materialmente en una terminación anticipada del Contrato; además, es OCENSA quien incumplió la regla de respeto de los actos propios, pues, con su comportamiento contractual, violó la buena fe depositada por TECNITANQUES al momento que, con una pretensión contradictoria, vuelve sobre sus propios actos y excluye dos tanques del objeto contractual.

H. “SOLEMNIDAD CONVENCIONAL - EL CONTRATO Y SUS CLÁUSULAS SÓLO PODÍAN SER MODIFICADAS POR ESCRITO Y POR PERSONAS CON CAPACIDAD PARA ELLO”

Se fundamenta en el efecto obligatorio del contrato, el pacto de la solemnidad escrita en la Sección 18.03 para su modificación mediante escrito suscrito por los representantes legales autorizados de las partes y en su ausencia, sin que las conductas mencionadas por la Demandante, tengan la materialidad para modificar las condiciones establecidas en el Contrato, al existir una solemnidad convencional.

La Convocante se opuso argumentando la distinción de las formalidades voluntarias o actos formales *ad voluntatem* con las solemnidades sustanciales dispuestas por el ordenamiento, porque en principio se entienden pactadas con un carácter

probatorio, mientras las de existencia y validez son de derecho estricto; además, la solemnidad convencional puede ser renunciada expresa o tácitamente.

I. “FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - EVENTUALIDAD DE LOS PERJUICIOS”.

Se funda en la falta de demostración de los elementos de la responsabilidad civil contractual, del daño y el *quantum* del perjuicio reclamado; tampoco hubo incumplimiento, ni se probaron las condiciones precedentes del Contrato para iniciar las actividades de compras, construcción y montaje; el cálculo del perjuicio parte del Libro Abierto del Tanque 7313, cuando para cada Tanque su remuneración se calculaba de forma independiente; y en el hito del prefabricado, en lo absoluto es del valor solicitado por la Demandante, ni en sus pretensiones principales, ni en las subsidiarias.

La Convocante al oponerse precisa que el medio exceptivo en realidad no es tal, sin olvidar que, en todo caso y contrario a lo manifestado por OCENSA, esta incumplió sus obligaciones contractuales, TECNITANQUES sufrió un daño cierto y existe el nexo de causalidad entre los incumplimientos y el daño, luego debe repararse el menoscabo en su patrimonio como consecuencia de su actividad contractual ilícita.

J. “COBRO DE LO NO DEBIDO POR PARTE DE TECNITANQUES – MALA FE”

A juicio de la excepcionante, no se observó el hito de prefabricación en la forma pactada, el simple rolado no la configura y tampoco se suscribió el Acta de Inicio de Obras para los tanques TK7311 y TK 7311, de donde se cobra lo no debido.

La Convocante se opone porque sus pretensiones son indemnizatorias en virtud del comportamiento ilegal de OCENSA en el desarrollo del Contrato, cuyo incumplimiento le causó un daño que debe repararse.

K. “IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN POR LOS CONCEPTOS ADUCIDOS POR TECNITANQUES EN LA DEMANDA – EVENTUALIDAD DEL SUPUESTO PERJUICIO”.

Se sustenta en la inexigibilidad del hito de prefabricación porque el pago de los hitos se encontraba sujeto a la suscripción de las Actas de Inicio de las Obras y la modalidad Open Book implica que el contratante paga al contratista por los gastos y costos en que este efectivamente haya incurrido, por lo cual resulta imposible en este caso pagar unos gastos y costos no generados. La utilidad no percibida tampoco procede porque se calcula en función de las obras ejecutadas, atendiendo el sistema de Libros Abiertos, las cuales no se realizaron para los Tanques TK7311 y TK7312, y se conocía la facultad de excluirlos.

La Convocante se opone argumentando que se configuran los presupuestos de la responsabilidad contractual y configuró un daño resarcible que debe reparar OCENSA.

L. “INEXISTENCIA DE DERECHO CIERTO DE TECNITANQUES PARA RECIBIR LOS TK 7311 Y 7312 – IMPOSIBILIDAD DE RESARCIR EL PERJUICIO”.

Se sustenta en que TECNITANQUES no tenía el derecho a recibir los Tanques para que fueran intervenidos, ni OCENSA la obligación de entregarlos para su intervención, pues no se suscribió el Acta de Inicio de Obras para los Tanques 7311 y 7312 y en que las meras expectativas no son indemnizables y los perjuicios reclamados no son ciertos ni directos.

La Convocante se opuso porque el daño pretendido es cierto, directo e inmediato, no simplemente eventual, pues no se habría generado sin la intervención ilícita de OCENSA en la ejecución del Contrato, especialmente con su terminación unilateral e injustificada bajo fachada de cláusula de exclusión.

M. “EL CONCEPTO LLAVE EN MANO NO CONLLEVA AL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO RECLAMADO POR TECNITANQUES”

Para la Convocada, el concepto de contrato llave mano implica una serie de obligaciones globales asumidas por el contratista, que incluye la instalación, montaje y puesta en funcionamiento de la obra proyectada dentro de las condiciones contractuales específicas pactadas. Tenía un sistema de Libro Abierto para cada Tanque intervenido, por lo que la ejecución y remuneración de cada Tanque es independiente, cuya intervención y construcción se sujetó a la condición de la suscripción del Acta de Inicio de Obras, que al no verificarse comporta que no hubiera nacido la obligación de intervenir y entregar los tanques

La Convocante se opuso porque al estructurarse la excepción en la supuesta ausencia de una condición suspensiva, olvida que el poder modificador de la autonomía privada, fundado en la buena fe, faculta al ordenamiento para proteger los derechos surgidos como consecuencia de la adecuación de una conducta propia en respuesta a la confianza que los actos de la contraparte producen, de tal manera que, siendo ello así, el daño patrimonial producido por el comportamiento de OCENSA debe ser reparado integralmente.

N. “INEXISTENCIA DE ABUSO POR PARTE DE OCENSA”

OCENSA no incurrió en una conducta abusiva o de mala fe, actuó conforme al contrato y ejerció una facultad legítima, conocida y aceptada por su contratante desde los pliegos de condiciones de la invitación a ofrecer, pactada y ejercida legítimamente.

La Convocante indica que el comportamiento imputado no solamente se revela por el irrespeto a lo inicialmente pactado, sino de igual forma el ejercicio abusivo de determinado poder jurídico considerando el desconocimiento de la función específica de la cláusula de exclusión, que implicó el ejercicio abusivo de ese derecho al contrariar los fines que el Contrato tuvo en miras al reconocerlo –el de preservar el sinalagma contractual- y por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

O. “CADUCIDAD”

A esta excepción se refirió el Tribunal al tratar de la caducidad de la acción en aparte anterior.

P. “EXCEPCIÓN GENÉRICA”

Finalmente, solicitó declarar de oficio cualquier otra excepción que se encuentre probada en favor de OCENSA.

De entrada, es pertinente memorar que la expresión “excepción”, en armonía con la jurisprudencia *“no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres expositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía la materia litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites...”* (Cas. de 30 de enero de 1992, reiterada en sentencia de 31 de mayo de 2006, Rad. n.º 1997-00004-01, subrayas ajenas al texto)²²³.

Por ello, *“de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen”* (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)” (Sentencia 219 de 9 de diciembre de 2004).

Con fundamento en las precedentes directrices, el análisis y los fundamentos expuestos al decidir las pretensiones de la demanda reformada, el Tribunal encuentra fundadas las denominadas excepciones de “CADUCIDAD” respecto de la pretensiones principales Décima Cuarta, Décima Quinta y Décima Sexta; “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE OCENSA”, “A.1. PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE OCENSA”, “A.2 EJERCICIO VÁLIDO Y OPORTUNO DE LA FACULTAD CONTRACTUAL DE OCENSA PARA EXCLUIR TANQUES-FACULTAD CONOCIDA Y ACEPTADA POR

²²³ De donde, *“la excepción de mérito no es la mera negación de las súplicas de la demanda o de los hechos que las sustentan, aunque vislumbren alguna resistencia u oposición del demandado, pues, por el contrario, ella siempre envuelve un asunto novedoso que éste incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos del accionante”* (CSJ, SC del 15 de enero de 2010, Rad. n.º 1998-00181-01), sino que supone *“(...) la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque no obstante haber ellos nacido los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos). Cuando esto ocurre se está en el sector especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción...”* (G. J. T. CXXX, pág. 18, reiterada en Casación Civil del 11 de mayo de 1981 no publicada)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, ib.).

TECNITANQUES”; “INEXISTENCIA DE ABUSO POR PARTE DE OCENSA”; “BUENA FE DE OCENSA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO; y “ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE TECNITANQUES-IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL PREFABRICADO”, interpuestas por la parte demandada, sin lugar a pronunciarse sobre las restantes excepciones, en los términos del tercer inciso del artículo 282 del Código General del Proceso.

7. LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Al no prosperar las pretensiones y, en tal virtud, las condenas consecuenciales al pago del hito de los prefabricados y los perjuicios estimados en el juramento estimatorio devienen imprósperas, sin ser menester, por lo mismo, ocuparse de la objeción formulada.

El Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda y menos advierte fraude, temeridad, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de la parte demandante o su apoderado, y por esto no procede ni hay lugar a la sanción consagrada en el artículo 206 del Código General del Proceso de acuerdo con los parámetros señalados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-157 de 2013, C-279 y C-332 de 2013, tanto cuanto más que sus pedimentos, si bien no se acogieron, no lucen arbitrarios ni temerarios.

8. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

La frase final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso - referente al contenido de las sentencias- establece que “[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”.

En primer término, el Tribunal considera pertinente señalar que las partes y los apoderados procuraron sustentar con firmeza sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso y, como ocurre en todo trámite jurisdiccional, se presentaron momentos o circunstancias en donde se hicieron evidentes las diferencias existentes entre ellas, las que fueron manejadas con decoro y profesionalismo por los respectivos apoderados.

No obstante, el Tribunal pone de presente que en el desarrollo del proceso se presentó en la esfera de actuaciones de la parte Convocante la situación puntual ocurrida durante la recepción del testimonio del señor Luis Eduardo Aponte -a la que se hizo referencia al tratar la tacha por sospecha de dicho declarante-, que originó en su momento pronunciamientos específicos tanto de las partes como del Tribunal. Para los fines de la disposición contenida en el artículo 280 del C.G.P., el Tribunal concluye que no es del caso deducir indicios de la mencionada conducta, pues resulta innecesario hacerlo toda vez que la decisión final quedó fundada, diáfananamente, en la valoración conjunta del acervo probatorio que obra en el expediente, así como de los argumentos sustanciales esgrimidos por las partes a lo largo del proceso.

9. LAS COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente a partir de 2 de julio de 2012, (art. 308, ibídem), dispone:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

La referencia del precepto al Código de Procedimiento Civil se entiende respecto del Código General del Proceso, que lo derogó y sustituyó. En ese sentido, como prosperan algunas de las pretensiones de la demanda, tal como se ha expuesto en las consideraciones de este Laudo y se reflejará en la parte resolutive, tiene aplicación el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, el cual reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor “[e]n caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

Así las cosas, considerando desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo las pretensiones que tienen resultado favorable, las excepciones que sirvieron positivamente de defensa a la parte Convocada y el sentido general de la definición del litigio contenida en el presente Laudo, el Tribunal estima que la proporción en que las partes deberán concurrir al pago de las costas del proceso es ochenta por ciento (80%) a cargo de la parte Convocante, y veinte por ciento (20%) a cargo de la parte Convocada.

Para la determinación de las costas, el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este Tribunal de Arbitraje fueron pagados en proporciones iguales por las partes.

Por lo anterior, las costas se liquidan atendiendo las sumas fijadas por concepto de honorarios y gastos incluyendo el IVA correspondiente, así:

Concepto	Valor
Honorarios de los Árbitros, a razón de \$179.816.868 cada uno.	\$539.450.604
Honorarios de la Secretaria.	\$89.908.434
Tarifa del Centro de Arbitraje y Conciliación	\$89.908.434
IVA de las anteriores cifras (19%)	\$136.660.819
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$10.000.000
TOTAL	\$865.928.291

En estos términos, corresponde a TECNITANQUES asumir el 80% de los honorarios y gastos del Tribunal, equivalente a la suma de \$692.742.633, y a OCENSA el 20%, que corresponde a la cantidad de \$173.185.658.

TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal las fija en la suma de \$180.000.000.

En consecuencia, teniendo en cuenta que TECNITANQUES pagó el 50% de los honorarios y gastos del Tribunal, se condenará a TECNITANQUES a pagar a OCENSA la suma de \$259.778.488 -equivalente al 30% restante para completar el 80% constitutivo de la condena- por concepto de costas asociadas a los honorarios y gastos del Tribunal, más \$144.000.000 correspondientes al 80% de la suma fijada por el Tribunal por concepto de agencias en derecho, para un total de \$403.778.488.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.** y **OLEODUCTO CENTRAL S.A.**, administrando justicia por habilitación de las Partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. DECLARAR probadas las excepciones denominadas: “CADUCIDAD” respecto de las pretensiones principales Décima Cuarta, Décima Quinta y Décima Sexta; “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE OCENSA”, “A.1. PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE OCENSA”, “A.2 EJERCICIO VÁLIDO Y OPORTUNO DE LA FACULTAD CONTRACTUAL DE OCENSA PARA EXCLUIR TANQUES-FACULTAD CONOCIDA Y ACEPTADA POR TECNITANQUES”; “INEXISTENCIA DE ABUSO POR PARTE DE OCENSA”; “BUENA FE DE OCENSA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO”; y “ASUNCIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE TECNITANQUES-IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DEL PREFABRICADO”, interpuestas por **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** sin lugar a pronunciamiento sobre las restantes excepciones formuladas contra la demanda arbitral reformada formulada en su contra por **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.**, en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo. DECLARAR que entre **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** y **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.**, se suscribió el Contrato No. 3802174 ‘Para la ingeniería, gestión de compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad de almacenamiento de crudo, en el terminal de Coveñas de Ocesa’, y que dicho contrato es válido y eficaz. En consecuencia, prospera la pretensión primera.

Tercero. DECLARAR que el término establecido en el Contrato n° 3802174, suscrito entre **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** y **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.**, para realizar la liquidación bilateral del mismo, era de noventa (90) días y que expiró sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre el particular. En consecuencia, prospera la pretensión séptima.

Cuarto. DECLARAR que la liquidación del contrato es un aspecto comprendido dentro del pacto arbitral, contenido en la Cláusula VII, Sección 7.013 del Contrato N° 3802174, suscrito entre **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** y **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.** Por tanto, prospera la pretensión novena.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

Quinto. En consecuencia, por lo expuesto en la parte motiva, prospera la pretensión décima y se liquida el Contrato n° 3802174 suscrito entre **OLEODUCTO CENTRAL S.A.**, y **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.** en los siguientes términos:

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO																																																								
1)	CONTRATO	No. 3802174 fechado el 10 de diciembre de 2014																																																						
2)	PARTES	OLEODUCTO CENTRAL S.A. (el “ <u>Contratante</u> ”) y TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S. (“el <u>Contratista</u> ”).																																																						
3)	OBJETO	Ingeniería, compras, construcción y montaje, para el aumento de capacidad en tanques de almacenamiento de crudo, existentes en el Terminal de Coveñas de Ocaña, en el Municipio de Coveñas, en el Departamento de Sucre, descrito en su cláusula 3.01. (“Objeto), con el alcance previsto en su texto (Cláusula 3.02).																																																						
4)	PLAZO TOTAL DE EJECUCIÓN	Treinta (30) meses.																																																						
5)	FECHA ACTA DE INICIO DEL CONTRATO	27/03/2015																																																						
6)	FECHA ACTA INICIO DE OBRAS TK 7313	8/01/2016																																																						
7)	FECHA DE FINALIZACIÓN TANQUE TK 7313	23/01/2017																																																						
8)	VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$43.917.837.034 Incluido AIU antes de IVA.																																																						
9)	VALOR FINAL DEL CONTRATO	\$23.102.052.209 Incluido AIU antes de IVA (Total facturado y pagado incluido IVA \$23.241.011.923).																																																						
10)	VALOR SUMA GLOBAL FIJA	\$23.102.052.209 (Total facturado y pagado incluido IVA \$23.241.011.923).																																																						
11)	TANQUES EXCLUIDOS	TK 7311 y TK7312 según comunicación fechada a “Abril 17 de 2016”, y en la que consta: “ENVIADAS 2017-04-18: 10:39. EUGENIO FRANCO DELGADO TECNITANQUES INGENIEROS”.																																																						
12)	PAGOS EFECTUADOS POR OLEODUCTO CENTRAL OCENSA S.A. A TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.	<p>De conformidad con el dictamen pericial rendido por el perito Carlos Eduardo Jaimés, fechado a 26 de octubre de 2020, los pagos, valores y fechas, se expresan en el cuadro que se reproduce y coinciden con los consignados en el borrador de “ACTA DE LIQUIDACIÓN” de Oleoducto Central S.A., así</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th>FECHA</th> <th>DOCUMENTO</th> <th>FACTURA TECNITANQUES</th> <th>FECHA FRA</th> <th>CONCEPTO</th> <th>VALOR</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>7/04/2015</td> <td>Acta N°1</td> <td>2165</td> <td>7/04/2015</td> <td>Compra de Láminas</td> <td>3.352.450.633</td> </tr> <tr> <td>1/07/2015</td> <td>Acta N°2</td> <td>2232</td> <td>1/07/2015</td> <td>Compra de Láminas</td> <td>3.352.450.633</td> </tr> <tr> <td>5/10/2015</td> <td>Acta N°3</td> <td>2251</td> <td>21/10/2015</td> <td>Ingeniería</td> <td>819.333.533</td> </tr> <tr> <td>11/05/2016</td> <td>Acta N°4</td> <td>2360</td> <td>29/05/2016</td> <td>Compra de bridas, tuberías, estructura y otros</td> <td>478.145.473</td> </tr> <tr> <td>11/05/2016</td> <td>Acta N°5</td> <td>2361</td> <td>29/05/2016</td> <td>Construcción y montaje. Hito de prefabricado</td> <td>5.385.337.721</td> </tr> <tr> <td>11/05/2016</td> <td>Acta N°6</td> <td>2362</td> <td>29/05/2016</td> <td>Instalación del tercer y segundo anillo</td> <td>2.099.964.692</td> </tr> <tr> <td>6/10/2016</td> <td>Acta N°7</td> <td>2387</td> <td>7/10/2016</td> <td>Instalación del primer anillo</td> <td>1.438.363.100</td> </tr> <tr> <td>4/11/2015</td> <td>Acta N°8</td> <td>2402</td> <td>11/11/2016</td> <td>Llevar al 100% la construcción y montaje</td> <td>3.156.780.028</td> </tr> </tbody> </table>	FECHA	DOCUMENTO	FACTURA TECNITANQUES	FECHA FRA	CONCEPTO	VALOR	7/04/2015	Acta N°1	2165	7/04/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633	1/07/2015	Acta N°2	2232	1/07/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633	5/10/2015	Acta N°3	2251	21/10/2015	Ingeniería	819.333.533	11/05/2016	Acta N°4	2360	29/05/2016	Compra de bridas, tuberías, estructura y otros	478.145.473	11/05/2016	Acta N°5	2361	29/05/2016	Construcción y montaje. Hito de prefabricado	5.385.337.721	11/05/2016	Acta N°6	2362	29/05/2016	Instalación del tercer y segundo anillo	2.099.964.692	6/10/2016	Acta N°7	2387	7/10/2016	Instalación del primer anillo	1.438.363.100	4/11/2015	Acta N°8	2402	11/11/2016	Llevar al 100% la construcción y montaje	3.156.780.028
FECHA	DOCUMENTO	FACTURA TECNITANQUES	FECHA FRA	CONCEPTO	VALOR																																																			
7/04/2015	Acta N°1	2165	7/04/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633																																																			
1/07/2015	Acta N°2	2232	1/07/2015	Compra de Láminas	3.352.450.633																																																			
5/10/2015	Acta N°3	2251	21/10/2015	Ingeniería	819.333.533																																																			
11/05/2016	Acta N°4	2360	29/05/2016	Compra de bridas, tuberías, estructura y otros	478.145.473																																																			
11/05/2016	Acta N°5	2361	29/05/2016	Construcción y montaje. Hito de prefabricado	5.385.337.721																																																			
11/05/2016	Acta N°6	2362	29/05/2016	Instalación del tercer y segundo anillo	2.099.964.692																																																			
6/10/2016	Acta N°7	2387	7/10/2016	Instalación del primer anillo	1.438.363.100																																																			
4/11/2015	Acta N°8	2402	11/11/2016	Llevar al 100% la construcción y montaje	3.156.780.028																																																			

**TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)**

		16/12/2016	Acta N°9	2418	18/12/2016	Pruebas hidrostáticas, superficies y pintura	159.616.189
		16/12/2016	Acta N° 10	2419	18/12/2016	Adicional dilución DICOV	764.809.904
		16/12/2016	Acta N° 11	2422	18/12/2016	Conciliación Libro Abierto 1.	715.313.358
		16/12/2016	Acta N° 12	2423	18/12/2016	Conciliación Libro Abierto 2.	606.966.861
		31/12/2016	Acta N° 13	2444	14/02/2017	Conciliación Libro Abierto 3.	911.479.797
						TOTAL FACTURADO Y PAGADO	23.241.011.923
13)	MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA	No constan.					
14)	GARANTÍAS	Subsisten las garantías y responsabilidades en los términos legales y del contrato, en particular las relacionadas con la calidad de las obras, el buen funcionamiento de equipos y obligaciones de indemnidad contraídas por el Contratista.					
15)	OBLIGACIONES ULTERIORES A LA TERMINACIÓN	Conforme a la Cláusula 18.03: Período de Garantía (Sección 7.013), Indemnidad (Sección 13.05), Contratista Independiente (Sección 18.08), Confidencialidad (18.09) y las demás previstas en la ley y en su texto.					
16)	DEUDAS INSOLUTAS PARA CON EL CONTRATISTA	No constan.					
17)	La presente liquidación no afecta las reclamaciones de OCENSA referidas a sus reservas respecto de un “ <i>mayor valor cobrado</i> ” por TECNITANQUES en la compra de lámina de los tres tanques y el servicio de instalación dentro de la fase de construcción y montaje del tanque 7313 bajo la metodología del libro abierto.						

Sexto. Por las razones expuestas en la parte motiva, negar todas las restantes pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral reformada de **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.** contra **OLEODUCTO CENTRAL S.A.**

Séptimo. Condenar a **TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.**, a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** la suma de CUATROCIENTOS TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$403.778.488), por concepto de costas de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de este Laudo.

Octavo. Declarar que no hay lugar a aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

Noveno. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

Décimo. Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos”.

Décimo primero. Ordenar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** que dentro de los tres (3) días siguientes a la presente providencia informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación de este trámite arbitral. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal Arbitral.

TRIBUNAL ARBITRAL
TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S.
vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA-
(116054)

Décimo segundo. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las Partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Décimo tercero. Disponer que, en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE


WILLIAM NAMÉN VARGAS
Presidente


CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ
Árbitro


ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro

La suscrita Secretaria deja constancia que por autorización de los señores Árbitros se han impuesto sus firmas escaneadas en este documento, según lo permite el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020.


MARÍA PAULA BONIVENTO OCAMPO