

Tribunal de Arbitramento

Consorcio Tibú

v.

Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol

Octubre 26 de 2004

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., 26 de octubre de dos mil cuatro (2004)

Cumplido el trámite procede el tribunal, mediante el presente laudo, a resolver en derecho las controversias surgidas entre las sociedades Halliburton Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. – Petrocolombia S.A., miembros del consorcio Tibú, y la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol, con ocasión de la ejecución del contrato de producción incremental Tibú que ambas partes suscribieron el 27 de febrero de 1998.

A. Antecedentes

1. La constitución y la instalación del tribunal de arbitramento.

Las controversias que se deciden en el presente laudo, surgieron con ocasión de la ejecución del contrato de producción incremental Tibú que ambas partes suscribieron el 27 de febrero de 1998, en el cual se pactó una cláusula compromisoria en los siguientes términos:

Cláusula 26. Desacuerdos

26.1. Las diferencias o controversias que ocurran entre las partes, derivadas o con ocasión del presente contrato, que no puedan resolverse directamente entre ellas, a través del comité ejecutivo o entre el más alto ejecutivo de cada una de las partes, a menos que consten en títulos ejecutivos o que no sean susceptibles de transacción, se resolverán por un tribunal de arbitramento, cuyos árbitros serán nombrados directamente y de común acuerdo por las partes o delegar en un tercero su designación. A falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no efectúe la designación, se procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 9º del Decreto 2279 de 1989 y las normas que lo complementen o modifiquen.

El tribunal así constituido se sujetará a los dispuesto en las normas contenidas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y demás disposiciones que la complementen o modifiquen, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, que serán ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio.
- b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, incluyendo las relativas a la fijación de honorarios de los árbitros.
- c) El tribunal decidirá en derecho.
- d) El tribunal funcionará en Santafé de Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad.

El 16 de junio de 2003, los representantes legales de las partes concurrieron al Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para informarle que, de común acuerdo, habían designado como árbitros a los doctores Margarita Ricaurte de Bejarano, Antonio José de Irisarri Restrepo y Aurelio Martínez Canabal⁽¹⁾.

El 18 de junio siguiente las sociedades Halliburton Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. – Petrocolombia S.A. formularon demanda arbitral para buscar una solución de las diferencias relacionadas

en el escrito correspondiente⁽²⁾.

En la audiencia de instalación, que se surtió el 20 de junio de 2003, el tribunal admitió la solicitud de convocatoria y dispuso su traslado a la parte convocada⁽³⁾.

La parte convocada dio respuesta oportuna a la solicitud y a la demanda, mediante escrito del 17 de julio de 2003⁽⁴⁾.

En audiencia del 29 de julio de 2003, el tribunal fijó los valores correspondientes a honorarios y gastos⁽⁵⁾, los cuales fueron pagados en forma completa y oportuna por la parte convocada⁽⁶⁾.

2. Las pretensiones y las excepciones formuladas.

En audiencia del 26 de agosto, el tribunal se declaró competente para conocer de las controversias sometidas por las partes a su consideración⁽⁷⁾.

Dichas controversias se expresaron, en forma concreta, en las pretensiones y excepciones planteadas por las partes.

Las pretensiones formuladas en la demanda son del siguiente tenor:

“Pretensiones principales

Pretensión primera.

Declarar que la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol incumplió las obligaciones contractuales previstas en el numeral 7.2 del contrato de producción incremental Tibú, como quiera que desde el primero de octubre de 1998 Ecopetrol no mantuvo la producción básica del campo Tibú al nivel de la curva básica de producción prevista el contrato.

Pretensión segunda

Declarar que la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol incumplió las obligaciones contractuales previstas en el contrato de producción incremental Tibú, como quiera que durante la Etapa Inicial del mismo no revisó ni modificó la curva básica de producción prevista en el anexo C del contrato, como era su compromiso contractual.

Pretensión tercera

Declarar que desde el dieciséis (16) de octubre de 1998 hasta el primero (1º) de febrero de 2003 los dieciocho (18) pozos intervenidos por el consorcio Tibú registraron en conjunto una producción adicional de hidrocarburos respecto de la producción histórica de cada uno de los pozos, como consecuencia de la intervención tecnológica e inversión de capital hechas por la asociada en desarrollo de las obligaciones contractuales previstas para la etapa inicial del contrato de producción incremental Tibú.

Pretensión cuarta

Declarar que la producción adicional de hidrocarburos resultante de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú está subsumida dentro de la producción total que registró el área contratada entre el dieciséis (16) de octubre de 1998 y el primero (1º) de febrero de 2003.

Pretensión quinta

Declarar que la producción adicional de crudo resultante de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú debe entenderse como producción incremental de hidrocarburos.

Pretensión sexta

Declarar que el consorcio Tibú tiene derecho al reconocimiento económico de la producción incremental resultante

de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú, en una proporción igual a la establecida en la cláusula doce (12) del contrato de producción incremental Tibú.

Pretensión séptima

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol a reconocer y pagar en favor del consorcio Tibú, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del laudo arbitral, la suma de dinero equivalente al valor de ciento veintitrés mil ochenta y siete (123.087) barriles de hidrocarburos o la cantidad de crudo incremental que se establezca pericialmente, por concepto de la producción incremental resultante de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú, registrada entre el dieciséis (16) de octubre de 1998 y el primero de febrero de 2003.

Pretensión octava

Condenar a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol a reconocer y pagar en favor del consorcio Tibú, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del laudo arbitral, todos los perjuicios materiales causados por el incumplimiento del contrato de producción incremental Tibú, incluyendo daño emergente y lucro cesante, según cuantía que se establezca pericialmente durante el proceso.

Pretensión novena

Condenar a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol a reconocer y pagar en favor del consorcio Tibú el valor resultante de la actualización de las condenas proferidas en el presente proceso arbitral desde la fecha del laudo arbitral hasta su pago total y completo, teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor que certifique el DANE al momento de efectuarse el pago.

Pretensión décima

Condenar a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol a reconocer y pagar en favor del consorcio, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del laudo, los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada por la ley, contados a partir del 16 de octubre de 1998 hasta el día en que se haga el pago total de las condenas proferidas en el laudo arbitral que ponga fin al proceso.

Pretensión décima primera

Condenar a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol al pago de las costas y agencias en derecho que se causen durante el proceso.

Pretensiones subsidiarias

En subsidio de la pretensión primera principal.

Declarar que la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol incumplió las obligaciones contractuales previstas en el contrato de producción incremental Tibú, como quiera que durante la etapa inicial del mismo no suministró los recursos suficientes para la operación normal del área contratada que permitiera mantener la producción básica al nivel de la curva básica de producción prevista en el contrato.

En subsidio de la pretensión segunda principal.

Declarar que durante la etapa inicial del contrato de producción incremental Tibú se presentaron circunstancias imprevistas e imprevisibles que alteraron gravemente el desarrollo y ejecución del contrato, generando que el cumplimiento de las obligaciones por parte de la asociada le resultara excesivamente oneroso, teniendo en cuenta que desde el primero (1º) de octubre de 1998 el campo Tibú ha presentado una producción por debajo del nivel establecido en la curva básica de producción prevista en el anexo C del contrato.

En subsidio de la pretensión quinta principal.

Declarar que la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol se benefició económicamente, en detrimento del consorcio Tibú, por la producción adicional de hidrocarburos resultante de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú, registrada entre el dieciséis (16) de octubre de 1998 y el primero de febrero de 2003.

En subsidio de la pretensión sexta principal.

Declarar que el consorcio Tibú tiene derecho al reconocimiento económico de la producción adicional de hidrocarburos resultante de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú, en una proporción igual a la establecida en la cláusula doce (12) del contrato de producción incremental Tibú.

En subsidio de la pretensión séptima principal.

Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol a reconocer y pagar en favor del consorcio Tibú, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del laudo arbitral, la suma de dinero equivalente al valor de ciento veintitrés mil ochenta y siete (123,087) barriles de hidrocarburos o la cantidad de crudo adicional que se establezca pericialmente, por concepto de la producción adicional resultante de la intervención tecnológica e inversión de capital realizadas por la asociada en dieciocho (18) pozos del campo Tibú, registrada entre el dieciséis (16) de octubre de 1998 y el primero de febrero de 2003.

Y las excepciones propuestas en la contestación, por su parte, rezan:

“Falta de jurisdicción y competencia del honorable tribunal de arbitramento, para pronunciarse respecto de algunas de las pretensiones de la solicitud de convocatoria.

Acerca del principio de habilitación, que es la columna vertebral del trámite arbitral tal y como este último ha sido concebido en la Constitución y la ley colombianas, se han emitido numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, y entre ellos, nos permitimos traer a colación un aparte de la Sentencia C-1038 de 2002, expedida por la Corte Constitucional con ponencia del doctor Eduardo Montealgre Lynett. Veamos:

“En numerosas oportunidades⁽⁸⁾, esta Corte ha analizado la naturaleza, posibilidades y límites del arbitramento dentro de nuestro ordenamiento constitucional. La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”⁽⁹⁾. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”⁽¹⁰⁾. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”⁽¹¹⁾. Finalmente, (v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso. Ha dicho al respecto esta Corte:

“El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial —en sentido material— y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”⁽¹²⁾.

El anterior aparte jurisprudencial se trae a colación, con el único propósito de significar que la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, obliga a que esta jurisdicción solo pueda conocer de los conflictos o

controversias que, siendo transigibles, son puestos en su conocimiento por expresa voluntad de las partes. Comoquiera que para el caso de los pactos arbitrales contenidos en cláusula compromisoria, la voluntad de las partes se halla plasmada en esta disposición negocial, es indispensable que la habilitación para dirimir conflictos a través de un tribunal de arbitramento, se ciña a lo que pactaron los contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues solo a estas incumbe disponer de sus derechos y habilitar a la jurisdicción arbitral para el conocimiento de determinados desacuerdos.

Ahora bien, en diversos y repetitivos apartes de este escrito, Ecopetrol ha sostenido que algunas de las pretensiones que depreca la parte convocante, así como los hechos en que las mismas se fundamentan, no pueden ser materia de pronunciamiento por parte del honorable tribunal de arbitramento, como quiera que respecto de tales pretensiones y hechos, no se han surtido los procedimientos de arreglo directo entre las partes, pactados como requisito de procedibilidad para la convocatoria de un tribunal de arbitramento en derecho.

En efecto, la única controversia existente entre las partes del CPI Tibú, respecto de la cual se han tomado decisiones definitivas por el comité ejecutivo y los más altos ejecutivos de las partes del CPI Tibú, en desarrollo de la etapa de arreglo directo que regula dicho contrato; así como la única controversia, acerca de la cual las partes han acordado que por tratarse de un asunto jurídico, debe ser sometido a conocimiento de un tribunal de arbitramento en derecho, es la relacionada con la existencia o no de producción incremental.

En contraposición, nunca se ha planteado en un comité ejecutivo ni entre los altos ejecutivos de las partes, que Ecopetrol esté incumpliendo su obligación de suministrar los recursos necesarios para sostener la producción básica del campo Tibú, ni mucho menos se ha decidido si se trata de un conflicto de tipo jurídico, técnico o contable y por ende no se ha determinado si debe ser decidido a través de tribunal de arbitramento en derecho o dictamen pericial.

En el mismo sentido, ni el comité ejecutivo ni los altos ejecutivos de las partes, han tomado decisiones definitivas en relación con la obligación de revisar la curva básica de producción, ni en relación con la naturaleza de esta diferencia.

Siendo así las cosas, es evidente que el consorcio Tibú no agotó los requisitos de procedibilidad, expresamente previstos como condicionantes de la habilitación a la jurisdicción arbitral, respecto de los asuntos diferentes de la controversia relacionada con la existencia o no de producción incremental y en tal virtud, el honorable tribunal de arbitramento, podrá pronunciarse única y exclusivamente sobre este punto, dado que carece de jurisdicción y competencia para conocer de cualquier otro, hasta tanto se agote el procedimiento contenido en el pacto arbitral del que deriva su jurisdicción.

Con base en todo lo expresado, ruego al honorable tribunal que al analizar su competencia, se sirva declarar que no es competente para conocer de las pretensiones principales primera, segunda y octava, así como de las pretensiones propuestas en subsidio de la primera y segunda principales.

Fuerza normativa del CPI Tibú e imposibilidad de calcular la existencia de producción incremental, apartándose de la metodología pactada en dicho contrato.

En desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, las personas pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley; combinar unos y otros entre sí; alterar, modificar y aún suprimir las obligaciones que son propias de un tipo de contrato específico —siempre que con ello no se contrarie la ley—, determinar el contenido del contrato y la extensión y efecto de los derechos y obligaciones correlativas, etc.

De ahí que las leyes relativas a contratos sean, por lo general, supletorias de la voluntad de las partes, pues solo serán aplicadas en cuanto estas guarden silencio respecto de la materia regulada por la ley, y que la misión del juez del contrato, en caso de litigio, sea interpretar o restablecer esa voluntad, pero no crearla ni mucho menos sustituirla por la suya⁽¹³⁾.

Conforme a lo expuesto, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad por parte del orden jurídico represente, en su esencia, un fenómeno de recepción por el cual, la regulación prescrita por las partes es acogida por la esfera del derecho y elevada a precepto jurídico, en suma, cada sujeto de derecho tiene, por su carácter de tal y como

reafirmación del mismo y de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de crear normas que regulan su interacción negocial con otros sujetos de derecho. En efecto, tal y como lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, los contratos válidamente celebrados **son ley para las partes**, de suerte que a ninguno de los contratantes le es dable desconocer las estipulaciones y acuerdos que regulan su relación contractual. Solamente es posible desconocer tales acuerdos contractuales, cuando el juez del contrato declare su nulidad porque alguna de las partes así lo ha solicitado.

Tal y como será demostrado en el proceso, durante la licitación, declaración de desierta, negociación directa y suscripción del CPI Tibú, para las partes contratantes fue absolutamente claro y así lo consignaron en el CPI Tibú que es ley para las mismas, que la curva básica de producción del CPI Tibú, fue pactada con base en la producción promedio mensual del campo, expresada en BOPD, y tomando como datos de análisis para arribar a dicha curva, la producción histórica promedio mensual de todo el campo, expresada en BOPD, durante el período comprendido entre el año 1978 y el año 1996, de suerte que no es dable para ninguna de las partes, calcular la existencia de producción incremental con base en parámetros diversos del que fue contractualmente pactado, como en efecto pretende el consorcio Tibú al calcular la curva básica de producción pozo por pozo, tomando como datos de análisis para llegar a dicha curva, la producción diaria de cada pozo intervenido, durante un período de tiempo diferente al que se utilizó para pactar la curva básica de producción del CPI Tibú.

En el desarrollo y ejecución del CPI Tibú, no se ha generado producción incremental.

Será demostrado en el presente trámite arbitral, que atendiendo a la metodología expresamente pactada por las partes, la cual debe ser utilizada en tanto disposición contractual que constituye ley para las mismas, en el desarrollo y ejecución del CPI Tibú no se ha registrado producción incremental, en los precisos términos pactados por las partes al suscribir este acuerdo de voluntades.

Imposibilidad de calcular objetivamente la producción incremental, utilizando parámetros diferentes de los pactados en el CPI Tibú.

Resultará probado en el proceso, que contando con las facilidades de superficie que existían al momento de licitar, negociar y suscribir el CPI Tibú, así como las facilidades de superficie que existen hoy por hoy en el campo Tibú, no es posible desde el punto de vista técnico, calcular en forma objetiva la existencia o no de producción incremental, mediante una medición pozo a pozo.

Ecopetrol ha cumplido a cabalidad las obligaciones del CPI Tibú, en la forma y en los términos en que las mismas fueron pactadas por las partes.

Ecopetrol ha cumplido con las obligaciones que le son exigibles en virtud de lo pactado en el CPI Tibú, al destinar los recursos necesarios para el normal funcionamiento del campo y el mantenimiento de la producción básica al nivel de la curva básica de producción y al revisar la curva básica de producción, hechos que constan en las actas de los comités ejecutivos y los sub-comités técnicos y financieros.

La naturaleza del CPI Tibú, impide que respecto del mismo se predique la aplicación de figuras reservadas para los contratos conmutativos, como lo es la teoría de la imprevisión y el equilibrio contractual.

El CPI Tibú en un contrato esencialmente aleatorio, de suerte que no es de recibo aplicar a este contrato, figuras jurídicas reservadas para los contratos de naturaleza conmutativa, tales como la teoría de la imprevisión o del equilibrio contractual.

Existencia de causas de fuerza mayor, caso fortuito o hechos irresistibles de terceros, que impidieron el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales de cada una de las partes del CPI Tibú y conllevaron a su suspensión.

La normal ejecución de las obligaciones adquiridas por las partes, con ocasión de la suscripción del CPI Tibú, se vio afectada por circunstancias que constituyen fuerza mayor y hechos irresistibles de terceros al tenor de lo expresamente definido por las partes contratantes, a tal punto que el contrato fue suspendido por las partes durante los períodos de tiempo comprendidos entre el 16 de septiembre de 1998 al 4 de noviembre de 1998 y entre el 12 de

abril de 1999 y el 2 de julio de 2001, de suerte que ninguna de las partes estaba obligada a cumplir con las obligaciones que debían realizarse en el campo Tibú, comoquiera que las circunstancias de orden público imperantes en esta región de país impedían el normal desarrollo de todas las actividades que debían ser ejecutadas en el campo Tibú.

Inexistencia de faltas imputables a Ecopetrol que hayan sido provocadas por dolo o culpa grave.

La ejecución de las obligaciones a cargo de Ecopetrol, derivadas del CPI Tibú, se ha llevado a cabo en cumplimiento de los términos pactados, sin que se hayan presentado faltas imputables a la responsabilidad de Ecopetrol que hayan sido provocadas por dolo o culpa grave de la empresa que apodero, su personal, sus representantes o agentes.

Genérica.

Solicito respetuosamente al honorable tribunal de arbitramento, se sirva declarar cualquier otra excepción que resulte demostrada en el proceso”.

3. Las pruebas decretadas y practicadas.

En esa misma audiencia, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, aplazó la decisión sobre el decreto de las inspecciones judiciales y decretó en su lugar la exhibición de los documentos a que se contraían las solicitudes correspondientes⁽¹⁴⁾.

Todas las pruebas decretadas fueron practicadas, con excepción, de una parte, de la declaración de Hugo González, que fue desistida por la parte demandante, sin oposición de la parte demandada y con la aceptación del tribunal⁽¹⁵⁾, y, de otra, de las inspecciones judiciales que las partes consideraron innecesarias por haber sido incorporados al expediente, por otros medios, los documentos a que ellas se referían⁽¹⁶⁾.

4. Oportunidades de conciliación.

En esa misma audiencia del 26 de agosto, el tribunal citó a las partes a una audiencia de conciliación⁽¹⁷⁾.

Fracasada la etapa conciliatoria, el tribunal inició el recaudo probatorio⁽¹⁸⁾.

Mediante providencia del 28 de junio de 2004, el tribunal nuevamente citó a las partes a una audiencia de conciliación⁽¹⁹⁾, la cual tampoco condujo a una solución convenida de las controversias⁽²⁰⁾.

5. Los alegatos de conclusión.

En audiencia del 30 de agosto de 2004, los apoderados de las partes formularon sus alegatos de conclusión y presentaron los correspondientes resúmenes escritos⁽²¹⁾.

En esa misma oportunidad el señor agente del Ministerio Público planteó su posición respecto de los principales puntos materia de debate. La trascipción de su intervención fue incorporada al expediente.

B. Presupuestos procesales y materiales

El tribunal encuentra que se hallan reunidos los presupuestos procesales y materiales, y que no se configura causal de nulidad procesal alguna. En consecuencia, procede a dictar laudo de mérito, en derecho, en los términos que se consignan a continuación.

C. Consideraciones generales del tribunal

1. Los aspectos generales de la actuación.

El tribunal, luego de haber revisado los documentos allegados por las partes y conocidos sus planteamientos, no encuentra que el contrato de producción incremental Tibú pueda estar viciado de nulidad absoluta.

De otra parte, para los efectos previstos en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, no advierte ni temeridad ni mala fe en la actuación procesal ni de las partes ni de los apoderados.

2. La competencia del tribunal.

En tratándose de proceso arbitral, la competencia de los árbitros está circunscrita por las pretensiones de la parte demandante y las excepciones propuestas por la demandada.

Unas y otras fueron analizadas en su oportunidad y, en audiencia del 26 de agosto, el tribunal se declaró competente para conocer de las controversias sometidas por las partes a su consideración⁽²²⁾.

Esa declaratoria de competencia adquiere una firmeza interlocutoria, que no ata para lo principal. Llegada la ocasión de adoptar la decisión de fondo, el tribunal se refiere nuevamente a la excepción de falta de jurisdicción y competencia planteada por la parte demandada, así:

En la contestación de demanda la parte convocada planteó la excepción de falta de jurisdicción y competencia del tribunal para pronunciarse sobre cualquier pretensión diferente de la relacionada con la existencia o no de producción incremental, argumentando que solamente respecto de esta se agotó la etapa de arreglo directo prevista en el contrato, pactada como requisito de procedibilidad para la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

Con fundamento en lo expuesto, Ecopetrol solicita al tribunal se declare incompetente para conocer de las pretensiones principales primera, segunda y octava, así como de las pretensiones subsidiarias primera y segunda, referidas en general a la declaración de incumplimiento de Ecopetrol y las declaraciones consecuenciales.

Mediante auto 4 del 26 de agosto de 2003 el tribunal se declaró competente para resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración contenidas en la demanda y su contestación, sin limitación alguna, argumentando que aunque preliminarmente no se consideraba que la cláusula 26 del contrato hubiere consagrado un requisito de procedibilidad, en esa etapa del proceso era evidente que existía una diferente apreciación de cada una de las partes respecto del alcance de las discusiones que ellas tuvieron previamente a la iniciación del mismo. Manifestó el tribunal en esa oportunidad que durante el proceso se definiría si la discrepancia entre las partes respecto de la existencia de producción incremental comprendía o no la totalidad del universo del conflicto, aspecto que en ese momento no era dable definir para evitar una violación al derecho de defensa.

Una vez surtido el debate probatorio, para el tribunal obra suficiente evidencia en el proceso respecto de la discusión a nivel del comité ejecutivo del reclamo del consorcio para el reconocimiento de la producción incremental y del mantenimiento de la curva básica de producción a cargo de Ecopetrol, como se observa en las actas del comité ejecutivo que se citan en seguida:

“Acta 4 del 27 de octubre de 1999

Actividades para reiniciación del campo [...]

Se presentó la curva básica de producción del campo, **observándose que actualmente está por debajo de los niveles previstos; por lo tanto es necesario conocer los esfuerzos que debe hacer Ecopetrol para recuperar la producción, o si no, contemplar la posibilidad de revisar la curva básica contractual.**

El ingeniero Jairo Osorio explicó que se están realizando acciones que permitan recuperar dicha producción⁽²³⁾.

Acta 7 del 21 de noviembre de 2001

Recuperación del nivel de producción curva básica.

Con base en la cláusula 5 del acuerdo de operaciones del contrato, el consorcio presentó la **solicitud al comité ejecutivo de revisar la curva básica de producción en vista de su incumplimiento**, por causas de fuerza mayor en algunos períodos, desde el inicio del contrato hasta la fecha, presentando una gráfica donde se mostraba lo anterior. El comité determinó que este tema se analice a nivel del subcomité técnico y posteriormente se presente la recomendación para la aprobación del comité ejecutivo”⁽²⁴⁾.

También encuentra el tribunal debidamente probado que entre los más altos ejecutivos de las partes se discutió el tema relacionado con el incumplimiento de la curva básica de producción y el reconocimiento de la producción incremental, como se observa en seguida:

“Es claro que desde el inicio del contrato (1998) la curva de producción básica no se ha cumplido por cuanto fue sobreestimada en su proyección, por consiguiente, la producción real durante los últimos 5 años ha estado consistentemente por debajo de la curva. **Como consecuencia de lo anterior, ningún volumen de producción incremental ha sido pagado por Ecopetrol.** La apreciable diferencia entre el comportamiento real de la producción y el proyectado a la fecha es de aprox. – 300 BOPD (ver figura anexa).

El consorcio Tibú reiteradamente ha presentado solicitudes a Ecopetrol para que se revise conjuntamente la curva básica, y en atención a lo dispuesto por el comité ejecutivo de noviembre 21 de 2002 (ver carta anexa), presentó una propuesta ante el subcomité técnico (mayo 26/2003).

Desafortunadamente nuestros requerimientos no han tenido el efecto deseado, con el consiguiente desestímulo para futuras inversiones, por lo cual, la asociada respetuosamente le solicita su intervención para una pronta solución al tema en mención”⁽²⁵⁾.

Adicionalmente, resulta definitivo para el tribunal analizar el contenido de la pretensión sobre la cual gravita todo el proceso, la de reconocer o no la existencia de producción incremental en el campo Tibú (pretensión séptima principal).

De conformidad con la cláusula primera, el objeto del contrato de producción incremental Tibú fue el obtener producción incremental en el área contratada, de manera que todas las obligaciones y actividades contractuales de las partes estaban encaminadas a lograr este objetivo. En efecto, tanto las obligaciones del consorcio asociado a Ecopetrol, como las de la empresa estatal, estaban directamente encaminadas al logro del objeto del contrato, consistente en obtener producción incremental.

La principal obligación contractual de Ecopetrol, era la de mantener los recursos de la operación normal para la producción básica⁽²⁶⁾, concepto que está directamente ligado al de la producción incremental, toda vez que esta se define contractualmente (cláusula cuarta) como aquella que se obtiene por encima de la curva básica de producción. De manera que al hablar de producción incremental se habla necesariamente de la producción que supera la básica, siendo así dos conceptos indivisibles. No es posible calcular la producción incremental sino a partir de la curva básica de producción.

En efecto, no podría el tribunal definir si existió o no producción incremental sin tener en cuenta la producción básica, razón por la cual, al someter a arbitramento la definición de la existencia o no de producción incremental, obligatoriamente se somete a revisión del tribunal el cumplimiento de las obligaciones contractuales tanto de Ecopetrol como del consorcio, en tanto todas ellas están directamente relacionadas con la producción incremental.

La redacción de la cláusula arbitral del contrato Tibú es suficientemente amplia, de donde surge con claridad la voluntad de las partes de sustraer de la justicia ordinaria toda diferencia que no pudiere ser dirimida entre las partes a nivel del comité ejecutivo o entre los mas altos ejecutivos de cada una de las compañías. La controversia que suscita este debate fue materia de discusión ante el comité ejecutivo expresamente, y también entre los más altos ejecutivos de cada una de las partes, tanto respecto del reconocimiento de producción incremental como del incumplimiento de la obligación de Ecopetrol de mantener los recursos suficientes para alcanzar la curva básica de producción.

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta, además, que Ecopetrol no probó la excepción de falta de jurisdicción y competencia, el tribunal se declara competente para conocer y decidir de mérito sobre todas las cuestiones debatidas, y en este sentido se profiere el laudo.

3. La congruencia del fallo.

Le corresponde al fallador resolver sobre todos los asuntos sometidos por las partes, términos del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil:

“Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versese el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

La disposición anterior se complementa con la del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor:

“Resolución sobre excepciones. 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.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no hayaapelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es no fundada la excepción”.

El anterior marco normativo fue el considerado por el tribunal para proferir este laudo.

D. Consideraciones del tribunal respecto de cada una de las pretensiones

1. Naturaleza del contrato de producción incremental y régimen jurídico al que se encuentra sujeto.

a) Naturaleza del contrato.

Las partes enfrentadas en el presente proceso sostienen puntos de vista diametralmente opuestos en cuanto se refiere a la naturaleza del contrato de producción incremental que suscribieron. En efecto: al paso que para Ecopetrol se trata de un contrato esencialmente aleatorio, razón por la cual resultan inaplicables a él la teoría de la imprevisión y el principio del mantenimiento de la ecuación o equilibrio contractual, para el consorcio convocante se está en presencia de un contrato comutativo, conclusión a la que llega tras comparar el contrato de producción incremental con el clásico contrato de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos que, hasta fecha reciente celebraba la entidad convocada, caracterizados por su aleatoriedad.

Tanto Ecopetrol como el consorcio apoyan su argumentación, en lo fundamental, en lo expuesto en la salvedad de voto parcial de uno de los integrantes del tribunal de arbitramento que profirió el laudo arbitral del 26 de noviembre de 2001, mediante el cual se dirimieron las controversias que mantuvieron RCN Televisión S.A. y la Comisión Nacional de Televisión alrededor de un contrato de concesión para la prestación del servicio de televisión privada.

La asimetría de posiciones sostenidas por las partes impone, pues, que el tribunal aboque el estudio del punto en discordia, pues de las conclusiones a que arribe dependerá la prosperidad o fracaso de algunas pretensiones formuladas por la parte convocante, así como el éxito o desestimación de ciertas excepciones propuestas por la entidad convocada.

El contrato suscrito entre el consorcio convocante y Ecopetrol, según reza expresamente el primer renglón del

contrato es, ante todo, un contrato de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, que tiene visos de particularidad, como pasa a examinarse.

Las actividades y trabajos que el consorcio se comprometió a desarrollar, así como las inversiones que se obligó a efectuar, debían ejecutarse en los campos Tibú y Yuca, que conformaban una gran parte del área contratada. Tibú y Yuca son campos antiguos, ubicados en la región del Catatumbo, departamento de Norte de Santander, que han sido objeto de explotación desde hace muchos años y cuya producción ha venido decayendo paulatinamente, en forma ostensiblemente notoria con el transcurso del tiempo. Es esa una situación insoslayable, tanto para las partes como para el tribunal. Para aquellas, lo fue desde el comienzo mismo del proceso licitatorio que, fracasado, llevó a la negociación directa del contrato objeto de esta litis, como lo muestran los antecedentes precontractuales allegados al proceso. Y lo es para el tribunal como sin esfuerzo se deduce del acopio probatorio aportado y, en particular, del dictamen pericial técnico. Además, las partes no han discutido sobre este extremo.

En tales condiciones, para Ecopetrol era asunto de máxima importancia lograr que la producción de los hidrocarburos existentes en el subsuelo del área contratada aumentase en forma apreciable, en relación con lo que históricamente había venido obteniendo dicha empresa, en su calidad de operadora de los mencionados campos, y para el consorcio contratista constituía un riesgo claro y conocido de antemano, el efectuar unos aportes importantes de recursos y de tecnología, que tendrían como destino unos campos de una muy relativa probabilidad de recuperación en cuanto a su productividad de hidrocarburos.

Una lectura detenida del contrato de producción incremental objeto de la litis, muestra lo siguiente:

- El contrato tenía como finalidad obtener producción y reservas incrementales de hidrocarburos que se encontraren en el área contratada, gracias a lo que, a su exclusivo riesgo, aportara el consorcio en cuanto a soporte y transferencia tecnológicos y los recursos financieros requeridos. Se aclaró que el área contratada incluía el campo Tibú, a la sazón **en explotación**; el campo Yuca, para entonces **inactivo**, y los sitios disponibles **para exploración** que se encontraren dentro de la mencionada área⁽²⁷⁾. Como se trataba de campos que estaban siendo operados por Ecopetrol, se aclaró, también, que a Ecopetrol incumbía, en calidad de operador de ellos, mantener los recursos de la operación normal para la producción básica, para lo cual contaba con su infraestructura de producción disponible en el área contratada y que le correspondería llevar a cabo las actividades relativas al tratamiento y manejo de la producción incremental⁽²⁸⁾.
- Se previó que el contrato se ejecutaría en dos etapas: una inicial, con una duración de hasta dos (2) años y una complementaria, que duraría dieciocho (18) años. Era, pues, un contrato de ejecución diferida o sucesiva.

En la etapa inicial, el consorcio convocante debía invertir un mínimo de quince millones de dólares (US\$ 15,000,000) en un programa inicial de trabajos que, entre otras, comprendía las siguientes actividades: (i) reestructuración de pozos productores; (ii) recompletamientos, estimulaciones y reparaciones; (iii) fracturamientos en la formación Uribante, (iv) mejoramiento del sistema de inyección de agua; (v) sísmica 2-D, 100 km.; (vi) modelo matemático del yacimiento, (vii) perforación de un pozo en la formación Uribante. Este programa era susceptible de ser modificado únicamente durante la etapa inicial por el comité ejecutivo del contrato, cuya composición y funciones se detallaron minuciosamente. Se estableció que la ejecución del programa inicial de trabajos dependería de los resultados que se obtuviesen a medida de su ejecución y que, en todo caso, una vez efectuada por el consorcio la inversión mínima prevista, se entenderían satisfechas las obligaciones del consorcio para la etapa inicial, que esta se daría por concluida y que el consorcio podría continuar con la ejecución de la etapa complementaria sin necesidad de aprobación alguna⁽²⁹⁾. No cree el tribunal necesario hacer mención de las actividades que se realizarían en la etapa complementaria del contrato, pues es claro para él —y al respecto no existe debate alguno entre las partes— que la ejecución del contrato no superó la etapa inicial.

Así las cosas, y como fluye del texto mismo del contrato de producción incremental Tibú, el objeto perseguido por las partes con su celebración fue el de extraer del subsuelo productos que tenían o no probabilidad de existir o, en la mejor de las hipótesis, en caso de existir fundadas expectativas sobre su existencia, lo cierto es que la información disponible al momento de la celebración del convenio, no permitía que las partes tuvieran un conocimiento preciso respecto de las cantidades ni de las calidades de los hidrocarburos existentes en el área contratada. Esa situación no difiere sustancialmente de la que suele presentarse en los contratos de asociación que

corrientemente celebraba Ecopetrol para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación. No puede decirse, entonces —como lo sostiene el apoderado del consorcio en su brillante alegato de conclusión— que la finalidad del contrato fuese la de extraer productos sobre cuya existencia, cantidades y calidades hubiese certidumbre, toda vez que, por una parte, las actividades que el consorcio debía desarrollar en ejecución del contrato celebrado contenían un claro e importante componente de carácter exploratorio.

En efecto, ya desde la cláusula primera del contrato, referente al objeto y alcance del mismo, se estipuló en el punto 1.1 que su objeto era el de obtener producción y reservas incrementales de hidrocarburos de propiedad nacional que **se encuentren⁽³⁰⁾** en el área contratada descrita en la cláusula 3 del mismo contrato, área que incluye el campo Tibú, actualmente en explotación y el campo Yuca inactivo, **así como las áreas disponibles para exploración dentro del área contratada**. En el párrafo 2 del mismo punto 1.1 se dijo que a La asociada (es decir, al consorcio), además de su aporte en capital y tecnología, le correspondía ser ejecutor directo, a través de Ecopetrol o de contratistas por ella seleccionados, de todas las labores requeridas para incrementar la producción y reservas en el área contratada, **lo cual incluye la ejecución de las actividades exploratorias de la misma**. Y al definir, en el punto 1.2 de la cláusula primera el alcance del contrato, se dijo que en cuanto a los campos y yacimientos actualmente en explotación, el alcance del contrato comprendía, entre otros trabajos típicamente exploratorios, los de perforación (convencional, lateral, horizontal y profundización de pozos), sísmica de desarrollo, etc. Del mismo modo, en cuanto al resto del área contratada, se dijo en el mismo punto 1.2, que el alcance del contrato comprendía la generación, financiación y ejecución de proyectos y programas de inversión **en exploración**, si son factibles, tomando en consideración los resultados de los **proyectos exploratorios** adelantados en el programa inicial de trabajo (que comprende entre otras, actividades tales como **sísmica exploratoria, perforación de pozos exploratorios** y de avanzada y en (sic) desarrollo y explotación de nuevos campos y yacimientos (que comprende operaciones similares a las que se llevarán a cabo en los yacimientos actualmente en explotación) [Las sublíneas y negrillas son del tribunal].

Los términos exploración, exploratorio derivan del verbo explorar. Este, según María Moliner⁽³¹⁾ significa examinar íntimamente una cosa para ver lo que hay en ella o cómo está. En una segunda acepción, sinónima de sondear y tantea, quiere decir Tratar de entrarse, antes de emprender una cosa, de cuál es la situación en relación con ella, **de su posibilidad, sus posibles consecuencias, etc.** Es claro, entonces, que quien explora, sondea, tantea, examina a fondo algo, para saber qué hay en el objeto explorado, para enterarse de cuál es el estado del mismo, para tener certeza de lo que pueda contener, lo que necesariamente lleva a sostener que antes de efectuar la exploración, el sondeo o el tanteo, **no existe certidumbre** sobre lo que pueda hallarse o respecto de lo que pueda contener el objeto explorado, sus cantidades, calidades y demás atributos característicos. Y para el tribunal es a toda luz evidente que si no hay certidumbre, hay duda, existen incógnitas, eventualidades, contingencias inciertas.

Así las cosas y como consecuencia necesaria de lo expuesto, no resulta atinado descartar la aleatoriedad del contrato de producción incremental Tibú, toda vez que —en tales condiciones— las prestaciones a cargo de las partes no pueden menos de considerarse como consistentes en una eventualidad o contingencia incierta de ganancia o pérdida, que es la nota definitoria del contrato aleatorio, de conformidad con lo que dispone el artículo 1498 del Código Civil.

En efecto: sabido es que los contratos, contemplados desde el punto de vista del fin perseguido por los contratantes al celebrarlos, se clasifican en contratos a título gratuito y contratos a título oneroso. Estos últimos, al decir de los hermanos Mazeaud⁽³²⁾ buscan una ventaja, ‘hacen negocios’. Los contratos a título gratuito, mejor denominados de pura liberalidad, son movidos por un fin desinteresado, no persiguen ningún provecho personal. Suponen que entre quienes los celebran existe la conciencia de que una de las partes procura a la otra una ventaja, sin aspirar a obtener una contrapartida equivalente.

Los contratos a título oneroso, conforme a la definición que de ellos trae el Código Civil (art. 1497), son aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

Sabido es, también, que los contratos onerosos se subdividen, a su turno, en contratos comutativos y en contratos aleatorios. El contrato oneroso es comutativo —reza el artículo 1498 del Código Civil— cuando cada una de las

partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Sobre la distinción entre contratos comutativos y contratos aleatorios se expresa así el profesor José Melich-Orsini:

“El contrato se llama comutativo cuando la ventaja que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquella, pueden ser determinados por cada parte en el mismo momento de la celebración del contrato [...].

El contrato es aleatorio cuando esa ventaja, en relación con el sacrificio que por ella se paga, no resulta determinable en el momento de la celebración del contrato, sino que solo se revelará por el curso de los acontecimientos. **Para cada parte o al menos para una de ellas es pues objetivamente incierto en el momento de celebrar el contrato si este le reportará o no una ventaja en relación con el sacrificio que hace.** De allí el nombre de ‘aleatorio’, pues ‘alea’ significa precisamente ‘suerte’, ‘azar’ [...].

Se ha observado que en realidad el alea existe siempre para ambas partes, que lo que puede haber será una diferencia en cuanto a la determinación de las recíprocas prestaciones de las partes, las cuales pueden ser ambas inicialmente indeterminadas en lo que será su cuantía definitiva, o una plenamente determinada y la otra no, pero que un contrato en que el alea existiera solo para una de las partes, sería un contrato ilícito, tal como ocurriría con el contrato leonino.

Debe tenerse presente que cuando se habla de contrato aleatorio se toma en consideración únicamente la existencia de un alea jurídica, esto es, la **indeterminación jurídica de la existencia o de la cuantía de la prestación equivalente** [...].

Además, debe diferenciarse el contrato aleatorio del contrato condicionado, pues el alea es un elemento esencial al contrato de esta especie, en tanto que la condición es un elemento accidental (hecho futuro e incierto) del que se hace depender la existencia o no de la obligación contractual.

En realidad, característica de todos los contratos aleatorios la constituye el hecho de que la **consideración del riesgo** es un elemento esencial del acuerdo de voluntades de las partes [...]”⁽³³⁾ (negrilla del tribunal).

En cuanto concierne a la doctrina francesa, son importantes los siguientes desarrollos que exponen los tratadistas Philippe Malaurie y Laurent Aynes:

“Equivalencia y azar. El contrato comutativo es aquel en el que las ventajas recíprocas que se intercambian las partes son conocidas y apreciadas inmediatamente. No es necesario que sean exactamente equivalentes; por ejemplo, no es indispensable que el precio se idéntico al valor de la cosa. [...] Se recuerda que el artículo 1104, inciso 1º [del Código Civil francés, anota el tribunal] precisa que la contraprestación se considera como el equivalente de la prestación.

Todo contrato de ejecución diferida en el tiempo comporta un alea; sin embargo, no por ello es siempre aleatorio. **El contrato aleatorio es aquel en que la magnitud de una prestación es incierta porque depende del azar**, lo que advierte el artículo 1104, inciso 2º, al precisar que el equivalente, es decir, la contraprestación, consiste en una probabilidad de ganancia o de pérdida”: las dos partes juegan. **En otros términos: la pérdida fortuita de la una entraña la ganancia fortuita de la otra.**

El alea puede considerarse objetivamente —la eventualidad **o el riesgo**— y subjetivamente —el concepto que las partes se forman de la eventualidad **o del riesgo**— [...].

También hay contratos aleatorios por efecto de la voluntad. Los contratantes pueden hacer de un contrato normalmente comutativo un contrato aleatorio. **Primeramente declarando que contratan a su riesgo y peligro** [...].

Los contratos aleatorios se caracterizan por una incertidumbre que no permite fijar desde su celebración la

magnitud de las ventajas que cada parte obtendrá”⁽³⁴⁾ (negrilla del tribunal).

En el mismo orden de ideas, el profesor Larroumet enseña:

“En otros casos, es posible que el deudor ignore el valor de la contrapartida que le será proporcionada porque **la existencia misma de ella o simplemente su magnitud** está sometida a un **alea independiente de las voluntades de las partes** [...] Se habla, entonces, de contratos aleatorios [...] **La incertidumbre es de la esencia del contrato aleatorio**”⁽³⁵⁾ (sublíneas del tribunal).

Cariota Ferrera, a propósito de la caracterización del negocio jurídico aleatorio, expresa:

“[...] La característica esencial de los mismos es el alea, o sea **el riesgo que se corre por uno y otro contrayente, acerca del resultado económico que derivará para uno y para otro**; al momento del contrato no se sabe cuál de las dos partes recibirá un beneficio o ganancia y cuál una pérdida. Tal **riesgo** depende de un evento incierto [...]”⁽³⁶⁾ (destaca el tribunal).

Como puede observarse de las transcripciones doctrinales que anteceden, el concepto de **riesgo** es elemento fundamental para la caracterización del contrato aleatorio, afirmación esta que no implica que la noción de riesgo esté o deba estar ausente de la del contrato comunitativo, según se desprende de la opinión de Malaurie y Aynes atrás transcrita.

Ahora bien: de conformidad con lo expresado en el numeral 6.2 de la cláusula sexta del contrato, relativa a las obligaciones de la asociada, el consorcio se comprometió a aportar, por su cuenta y **riesgo**, no solo los recursos financieros necesarios para ejecutar las actividades de inversión contenidas en los programas de trabajo y presupuestos que el comité ejecutivo del contrato aprobara, sino el soporte y la transferencia de tecnología que fuesen necesarios para el cumplimiento del contrato. Tales aportes, como es apenas natural, estaban encaminados a lograr que la producción de hidrocarburos que se encontraren en el área contratada superase la curva básica de producción establecida en el anexo C del contrato de producción incremental. Esa estipulación contractual, nítida y precisa, impone al tribunal llegar a la conclusión de que el contrato objeto de la litis, lejos de ser comunitativo —según lo sostiene el consorcio convocante— es un típico y característico contrato aleatorio no solo porque las partes así lo pactaron expresamente, sino porque como es claro, la existencia de un beneficio o de una pérdida para el consorcio dependía del azar, de un evento incierto consistente en que en el campo Tibú y demás zonas del área contratada se encontraran, realmente, hidrocarburos en cantidad suficiente para sobrepasar la referida curva básica de producción.

Retomando el tema del contrato de asociación para la explotación de bienes o recursos de propiedad de la Nación, es preciso subrayar que ellos son contratos de colaboración, que si bien no dan lugar al surgimiento de una persona jurídica independiente, como acontece con otras modalidades del contrato de colaboración —el de sociedad, por ejemplo— ni a la conformación de un consorcio⁽³⁷⁾ entre la entidad pública contratante y su contraparte asociada, sí implican necesariamente que ambas partes cooperen mutuamente en la obtención de los fines tenidos en cuenta al momento de concertar el negocio jurídico, lo cual impone a las partes hacer todo cuanto esté a su alcance en aras de la consecución de la común finalidad. En este orden de ideas, contratos de esta índole solo dan nacimiento, en principio, a obligaciones de medio para las partes que optan por asociarse, prestándose mutuamente la señalada colaboración⁽³⁸⁾.

Mas no siempre esta clase de contratos da lugar al surgimiento de meras obligaciones de medios (también denominadas por un sector de la doctrina obligaciones de prudencia y diligencia), porque es claro que, unas veces por la índole propia del contenido obligacional, y otras por la libertad de configuración normativa de que disponen las partes en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad, de un contrato de colaboración pueden emanar, para ambas partes o tan solo para una de ellas, obligaciones de resultado, como acontece, por ejemplo, cuando se pacta a cargo de una de las partes, la obligación de hacer una inversión de recursos dinerarios dentro de un plazo o término determinado. En ese evento, es evidente que tal obligación es de resultado, porque la común intención de las partes al convenirla no fue, ciertamente, la de que quien se comprometió a efectuar el aporte hiciese cuanto estuviese a su alcance para lograr que el aporte se produjese, sino la de obtener, efectivamente, el aporte prometido. Tal es el caso —como se verá mas adelante— de la obligación asumida por el consorcio en el contrato

de producción incremental Tibú, consistente en aportar recursos financieros no inferiores a quince millones de dólares estadounidenses (US\$ 15,000,000) con el objeto de que la producción de hidrocarburos existentes en los campos y áreas contratadas, superaran la curva básica de producción a que se refiere el anexo C del contrato de producción incremental Tibú.

B. Régimen legal del contrato.

No se han presentado discrepancias entre las partes en relación con el régimen legal aplicable al contrato de producción incremental que suscribieron. En el capítulo VII del contrato aludieron expresamente a la materia y en la cláusula 22 pactaron que el contrato estaría sometido a la ley colombiana; que el domicilio contractual sería la ciudad de Santafé de Bogotá (hoy Bogotá, D.C.); que se sometería a la jurisdicción de los tribunales colombianos y que el consorcio renunciaba a intentar reclamación diplomática en todo lo concerniente a sus derechos y obligaciones provenientes del contrato. Por último, pactaron que no habría denegación de justicia cuando el consorcio haya tenido expeditos los recursos y medios de acción que, conforme a la ley colombiana, puedan emplearse ante la rama jurisdiccional del poder público.

Es preciso señalar también, a este respecto, que el contrato de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional que podía celebrar Ecopetrol, está expresamente previsto por el artículo 1º del Decreto Ley 2310 de 1974; que Ecopetrol, para la fecha en que suscribió el contrato de producción incremental Tibú, era una empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas del derecho privado en cuanto a los contratos que celebra para el cumplimiento de sus actividades industriales y comerciales, y que la Ley 80 de 1993, en su artículo 76, dejó a salvo y por fuera de su regulación, los contratos que Ecopetrol celebra para la exploración y explotación de los recursos naturales que administra, los cuales continúan sujetos a las normas especiales que los regulan .

2. La obligación de mantener los recursos suficientes para alcanzar la producción prevista en la curva básica.

En el contrato de producción incremental Tibú la principal obligación de Ecopetrol era la de suministrar los recursos a un nivel suficiente para la operación normal del campo y para mantener la producción básica al nivel de la curva básica de producción, tal y como se consagró en el párrafo 1º de la cláusula 1 y en la cláusula 7.2. El cumplimiento de esta obligación lo hacía titular del derecho a percibir una contraprestación económica consistente en la participación en la producción incremental, en los porcentajes establecidos en el contrato.

Resulta indispensable establecer si la obligación de Ecopetrol de mantener los recursos suficientes para alcanzar la curva básica de producción era una obligación de medios o de resultado, a fin de derivar la responsabilidad consecuente.

Estamos frente a una obligación de medios cuando el deudor se obliga a realizar de manera diligente todas las acciones necesarias en procura de un resultado concreto, pero no se compromete a alcanzarlo; en tanto que es obligación de resultado cuando el deudor solo se libera de su obligación al lograr el efecto perseguido.

El tratadista Fernando Hinostrosa señala que son obligaciones de medio “aquellas en las que el deudor está obligado a desplegar una actividad, con prescindencia de la obtención de determinada finalidad; obligaciones de resultado son, en cambio, aquellas en las que el deudor está obligado a alcanzar una determinada finalidad, prescindiendo de una específica actividad instrumental”⁽³⁹⁾.

Y adelante agrega:

“En ... ocasiones el deudor se compromete a obtener el resultado prevenido en favor del acreedor: la transferencia del dominio o la constitución del derecho real, el mantenimiento de la situación actual, el opus convenido. Aquí, a diferencia de lo que sucede con las obligaciones indeterminadas, en las que la diligencia constituye solo el objeto de la obligación, el deudor responde por el resultado, y su responsabilidad va hasta el elemento extraño (*casus*)”⁽⁴⁰⁾.

Para el tribunal en el contrato de producción incremental Tibú la obligación de Ecopetrol de mantener los recursos suficientes para alcanzar la producción básica era una obligación de resultado, pues no consistía en aportar un

uento determinado de recursos, ni un número determinado de personal disponible, ni ejecutar un programa específico, sino en hacer todo lo que fuera suficiente para mantener la producción básica, fijada en el contrato, en virtud del cálculo que para el efecto realizó la propia Ecopetrol.

El término suficiente significa: Bastante para lo que se necesita. Apto o idóneo⁽⁴¹⁾.

De manera que la obligación de Ecopetrol no consistía entonces en hacer lo posible para alcanzar la producción básica, sino en hacer lo suficiente —como se dice textualmente en el contrato— para lograrlo.

Fue Ecopetrol como operador quien realizó el cálculo para fijar la curva básica de producción, a partir de la información que conocía directamente en el campo, y se comprometió con el nuevo inversionista a mantener esa producción, para calcular a partir de allí toda producción adicional como producción incremental.

Las partes no señalaron contractualmente lo que debía entenderse por recursos suficientes para alcanzar la curva básica, ni establecieron una sola regla para determinarlo, lo que demuestra que la obligación pactada no era de medios, sino de resultado.

Si se aceptara la tesis de que Ecopetrol no pactó una obligación de resultado, sino que bastaba con que hubiere mantenido los recursos que ella considerara necesarios para alcanzar la curva básica de producción, el reconocimiento de la producción incremental quedaría siempre condicionado al hecho de que Ecopetrol alcanzara efectivamente la curva básica de producción, y el incumplimiento de la empresa estatal podría no llegar a tener consecuencias jurídicas.

El contrato de producción incremental de hidrocarburos es un acuerdo que depende enteramente del cumplimiento de una curva básica de producción a cargo del operador del campo, con el objeto de cuantificar a partir de esta los resultados de las nuevas inversiones en la producción de hidrocarburos. De allí su importancia, y la necesidad de garantizar su cumplimiento a quien realiza las inversiones para obtener producción incremental, especialmente cuando no es el mismo operador, como ocurre en el caso del contrato de producción incremental Tibú.

La tesis de que la obligación de Ecopetrol de mantener los recursos suficientes para alcanzar la curva básica de producción es una obligación de resultado se apoya además en lo dispuesto en el párrafo 4º de la cláusula primera del contrato, que señala:

“Este contrato genera, por parte de la asociada, obligaciones que en parte son de medio, únicamente. En consecuencia, este factor será determinante en las responsabilidades a que haya lugar, de acuerdo con los principios consagrados en el ordenamiento jurídico positivo de la República de Colombia. Cualquier interpretación, operación, recomendación u opinión de la asociada se basa en el entendimiento de las circunstancias existentes y sobre inferencias y supuestos que puedan dar lugar a diferencia de opinión entre profesionales en similares circunstancias. La asociada no tendrá responsabilidad alguna por el uso que Ecopetrol haga de los reportes, interpretaciones, operaciones, recomendaciones u opiniones de la asociada” (negrilla del tribunal).

Lo anterior quiere decir que las demás obligaciones de Ecopetrol y de la asociada, no exceptuadas expresamente, son obligaciones de resultado, pues de lo contrario ningún sentido tendría la excepción consagrada en el párrafo citado.

Las obligaciones de resultado a cargo de la asociada son claramente aquellas actividades de inversión destinadas a cumplir con el programa inicial de trabajo, donde esta se comprometió a realizar una inversión mínima de 15 millones de dólares⁽⁴²⁾. Las demás son obligaciones de medio únicamente, en las cuales la asociada se comprometió a realizar un aporte tecnológico, sin garantizar resultados sobre el mismo, frente a las que las partes asumieron el riesgo que les era inherente.

Ahora bien, en el proceso obra prueba suficiente sobre el hecho de que la producción real del campo no alcanzó durante todo el período contractual la curva básica de producción, como lo demuestra el dictamen pericial⁽⁴³⁾. En tratándose de una obligación de resultado basta con probar que el resultado no se alcanzó para declarar el incumplimiento.

Finalmente, no sobra tener en cuenta que aún si se hubiere llegado a la conclusión de que la obligación de mantener los recursos suficientes para alcanzar la curva básica de producción era una obligación de medios y no de resultado, en el proceso también obra plena prueba de que Ecopetrol incurrió en deficiencias operacionales:

En efecto, el dictamen técnico señala en la respuesta a la pregunta 4 del consorcio Tibú, página 75:

“La función del operador del campo es mantener los recursos técnicos y humanos suficientes para que la operación se desarrolle en condiciones normales. Si la falta de recursos implica una disminución de producción esto constituye una deficiencia operacional.

Haciendo un análisis del reporte de pérdidas diarias para el mes de Noviembre de 1999, se pudo determinar que efectivamente se atribuye a la falta de grúa y a la espera de equipo de limpieza y/o varilleo, pérdidas que no permitieron que el campo alcanzara los niveles de producción previstos en la curva básica.

(...).

Igualmente se verificó en el libro, las pérdidas generadas por la espera de los equipos de limpieza y/o varilleo y por esto se generó una pérdida diaria en los siguientes pozos....”.

También en la respuesta a la pregunta 5 del consorcio Tibú el perito señala:

“Teniendo en cuenta que la función del operador es mantener los equipos necesarios y en buen estado para que la operación se desarrolle en condiciones normales y considerando que en las actas se deja constancia de que el estado del parque automotor es crítico y que su disponibilidad es del 60%, se puede concluir que el no mantener la flota de vehículos suficiente y operable constituye una deficiencia operacional”.

Cuando se le pregunta sobre los 15 factores operacionales determinados en el subcomité técnico 19, como causas de una pérdida de producción en el campo Tibú, el experticio, señala:

“Se estudió por separado cada uno de los 15 factores determinados en el acta del subcomité técnico 19 (Ver libro de anexos), se inspeccionaron las instalaciones, facilidades de producción y se verificaron los procedimientos utilizados en las oficinas de producción, en la visita realizada al campo.

Teniendo en cuenta lo anterior se pudo establecer que efectivamente los 15 factores constituyen una deficiencia operacional que incidió en el no cumplimiento de los niveles de producción previstos”.

Por todo lo expuesto es procedente la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de Ecopetrol, por no haber dispuesto los recursos suficientes para alcanzar la curva básica de producción.

3. La obligación de revisar la curva básica de producción.

La curva básica de producción, según las definiciones incluidas por las partes en el contrato, son las gráficas o líneas que representan el pronóstico de producción de hidrocarburos establecido por Ecopetrol, si se continuara con la operación de los campos actualmente en explotación, bajo las condiciones actuales, tal como aparece en el anexo C de este contrato⁽⁴⁴⁾.

Las partes pactaron el procedimiento que se indica a continuación para el monitoreo y eventual corrección de esa curva básica de producción⁽⁴⁵⁾:

Tres (3) meses después de firmado el contrato, se efectuará una revisión con base en la siguiente metodología:

- La tasa de declinación se calculará con base en los datos de producción promedio para el período comprendido entre el 1º de enero de 1993 y 1º de enero de 1997.
- La producción básica inicial (punto de amarre) para realizar las proyecciones será la producción promedio del semestre anterior a la fecha de revisión.
- Durante el primer año del contrato y hasta tanto se inicie la producción incremental se realizarán revisiones

trimestrales siguiendo la metodología señalada anteriormente.

- Al menos anualmente o cuando las partes lo encuentren necesario, el comité ejecutivo revisará el cumplimiento de las actividades operacionales a cargo de Ecopetrol para cada vigencia, tendientes a garantizar el sostenimiento de la curva básica de producción y se acordarán los ajustes necesarios si fuera el caso.

Las sociedades demandantes afirman que Ecopetrol, en forma arbitraria e ilegal, se negó a revisar y a modificar la referida curva básica de producción, incumpliendo así una de las principales obligaciones que ella había asumido por virtud del contrato de producción incremental (pretensión segunda principal).

Ecopetrol, por su parte, afirma haber cumplido a cabalidad con sus deberes contractuales. Sostiene que su obligación en este punto se limitaba a revisar la referida curva, y que su eventual modificación estaba condicionada a que la producción del campo se encontrara por debajo de la misma curva por causas que alteraran de manera permanente los soportes que habían servido de base para su proyección⁽⁴⁶⁾.

a) El cómputo y la extensión de los plazos.

Veamos primero cómo debían computarse, cómo corrieron y, finalmente, qué extensión tenían los plazos previstos en el contrato respecto de la obligación de revisar la curva básica de producción aquí analizada.

El contrato se celebró el 27 de febrero de 1998 y fue aprobado por el Ministerio de Minas y Energía el 21 de mayo siguiente⁽⁴⁷⁾, fecha en la que debe considerarse perfeccionado. Su ejecución comenzó el 1º de julio de ese mismo año⁽⁴⁸⁾.

De otra parte, entre el 16 de septiembre y el 4 de noviembre de 1998, la ejecución contractual en campo se vio interrumpida por acciones del propio personal de Ecopetrol. Lo propio ocurrió entre el 12 de abril de 1999 y el 1º de julio de 2001, esta vez por razones de orden público⁽⁴⁹⁾.

Así pues, encuentra el tribunal que el plazo de tres meses previsto en la cláusula 5 del anexo B, para efectuar una primera revisión, habría de contarse no a partir de la suscripción del contrato —como quedó expresado en la referida estipulación contractual—, sino del 21 de mayo de 1998, fecha de su perfeccionamiento.

Encuentra el tribunal, además, que este plazo corrió sin contratiempos entre dicha fecha y el 20 de agosto de ese mismo año.

Respecto del plazo para las revisiones trimestrales siguiendo la metodología señalada anteriormente, considera primero el tribunal que su cómputo no se vio afectado por los eventos que determinaron la interrupción de los trabajos en campo a que se hizo mención anteriormente.

En efecto, en ese plazo las partes debían concurrir trimestralmente a verificar la razonabilidad de la proyección prevista en la curva básica de producción, a fin de determinar si había lugar o no a hacer algún tipo de corrección o ajuste.

Para tales efectos nada tenían las partes que revisar respecto de la ejecución contractual, de manera que si los trabajos a cargo del consorcio en el área contratada no pudieron realizarse en los tiempos originalmente previstos, por las razones ya conocidas, eso no tenía incidencia alguna en la revisión trimestral a que nos venimos refiriendo.

Considera también el tribunal que cuando las partes estipularon que harían revisiones trimestrales a todo lo largo del primer año del contrato y hasta tanto se inicie la producción incremental, acordaron extender el referido plazo, precisamente, hasta el momento mismo en que se comenzara a generar producción incremental, aún si ello se daba pasado ese primer año.

De una parte, porque lo que las partes buscaban era darse el tiempo necesario para corregir eventuales falencias de la referida curva, en vista de su singular incidencia en la ejecución contractual, en particular respecto de la determinación de los beneficios que habría de recibir el consorcio. Y, de otra, porque resulta evidente que una vez comenzara a generarse producción incremental, mal podrían las partes entrar a modificar el parámetro con base en el cual habría de determinarse tanto la existencia como la cantidad de esa producción incremental.

Y eso fue lo que el consorcio y Ecopetrol entendieron durante el desarrollo del contrato. En efecto, en reunión del comité ejecutivo 7 del 21 de noviembre de 2002, los representantes tanto del consorcio como de Ecopetrol acordaron que el subcomité técnico analice la solicitud del consorcio de revisar la curva básica de producción y presente los resultados respectivos para la aprobación del comité ejecutivo⁽⁵⁰⁾. Así se desprende también de los dichos de algunos de los testigos que rindieron declaración en el proceso⁽⁵¹⁾.

En consecuencia, concluye el tribunal que durante ese primer año, y de ahí en adelante hasta el momento en el cual se comenzara a generar producción incremental, correspondía a ambas partes efectuar las revisiones trimestrales, a fin de o bien mantener la curva como estaba planteada, o corregirla como lo indicaran los resultados de dichas revisiones.

b) La ejecución contractual.

En reunión del subcomité técnico y financiero 5 del 20 de agosto de 1998, se dejó constancia de la primera revisión de la curva básica de producción, en los siguientes términos: De acuerdo con el anexo B, cláusula 5, donde se describe el procedimiento para el monitoreo y ajuste de la curva básica, se presentó el ejercicio de revisión de la curva tomando como período de revisión 6 meses, desde el 13 de febrero de 1998 al 13 de agosto de 1998, lo cual da un promedio real de 2904 BOPD que comparado con el valor de la producción básica para el mes de agosto/98 de 2842 BOPD, se puede concluir que hasta la fecha, se está cumpliendo con la curva básica y que en este momento se tiene un promedio puntual de 62 BOPD por encima de la curva básica⁽⁵²⁾.

A esa primera revisión, y al hecho de que en ese momento no se dieron los supuestos que habrían determinado una modificación de la curva, se refirieron también varios de los testigos que rindieron declaración en el proceso⁽⁵³⁾.

Luego, en reunión del comité ejecutivo 4 del 27 de octubre de 1999 y en vista de que la producción estaba por debajo de los niveles previstos, el consorcio adujo la posibilidad de revisar la curva básica de producción, frente a lo cual Ecopetrol manifestó que se están realizando acciones que permitan recuperar dicha producción ... la baja en la producción en algunos casos podría llegarse a considerar como producción diferida, pero que de todos modos para evaluar la producción del campo Tibú en los últimos meses y la producción futura se debería conformar un equipo técnico integrado por representantes de las partes⁽⁵⁴⁾.

En reunión de trabajo del 2 y 3 de diciembre de 1999 se presentaron las causas de la caída de la producción a la fecha con respecto a la curva básica ... La superintendencia Catatumbo presentó un plan de acción, copia del cual se adjunta, para recuperar el nivel normal de la curva básica, el cual se espera alcanzar a partir de febrero del año 2000 ... Se concluyó que la curva de producción básica pactada en el contrato no se debe modificar⁽⁵⁵⁾.

Como ya lo señalaban las partes, y puede corroborarse con el peritaje técnico, entre finales de 1998 y finales de 1999, la producción del campo venía siendo inferior a la prevista en la curva básica⁽⁵⁶⁾.

En reuniones de trabajo del 16 y 17 de febrero y de 17 de agosto de 2000 se mencionó nuevamente el tema de la recuperación de la producción⁽⁵⁷⁾.

De igual modo, en reunión de trabajo del 12 y 13 de diciembre de 2000, Ecopetrol manifestó que las pérdidas de producción que se han presentado corresponden fundamentalmente a situaciones tales de alteración del orden público, fallas en el suministro de energía del sistema de interconexión nacional, regímenes de lluvia anormal con intensidad anormal, como también a inconvenientes propios de la operación, factores que después de superarse se alcanzan nuevamente los niveles de producción del campo que representan la curva básica⁽⁵⁸⁾.

Desde finales de 1999 y hasta mayo de 2000, según se consignó en el peritaje técnico, la producción del campo seguía estando por debajo de lo previsto en la curva básica, mientras que entre los meses de junio y noviembre de 2000, se mantuvo ligeramente por encima del pronóstico⁽⁵⁹⁾.

El 23 de octubre de 2001, en reunión del subcomité técnico y financiero 11, se señaló la necesidad de contar con un equipo de análisis para poder evacuar las solicitudes del consorcio⁽⁶⁰⁾.

Luego, el 18 de enero de 2002, en reunión técnica, el consorcio nuevamente le solicitó a Ecopetrol la revisión de la

curva básica de producción⁽⁶¹⁾.

El tema vino a ser discutido una vez más en el mes de julio de ese mismo año, en reuniones tanto del comité ejecutivo como del subcomité técnico y financiero⁽⁶²⁾.

Lo propio ocurrió el 21 de noviembre de ese mismo año, en reunión del comité ejecutivo (número 7), en el que el consorcio presentó la solicitud al comité ejecutivo de revisar la curva básica de producción en vista de su incumplimiento, frente a lo cual se decidió que el subcomité técnico analice la solicitud del consorcio de revisar la curva básica de producción y presente los resultados respectivos para la aprobación del comité ejecutivo⁽⁶³⁾.

Según se consignó en el peritaje técnico, durante el primer semestre de 2001 la producción del campo estuvo por encima de lo previsto en la curva básica, mientras que de ahí en adelante siempre se mantuvo bien por debajo del pronóstico⁽⁶⁴⁾.

El 19 de diciembre de 2002, Ecopetrol, citando un concepto de su área jurídica, le respondió al consorcio: De acuerdo a la cláusula 5 del anexo B del contrato, se establece claramente que el ajuste de la curva básica solo se puede realizar durante el primer año del contrato y antes del inicio de la producción incremental. Sin embargo, ninguna de las dos condiciones de este requisito se ha cumplido a la fecha. Por un lado, el contrato ya superó el término del primer año sin que esta modificación se llevara a cabo y por otro, aún no se ha obtenido producción incremental. En conclusión, hoy, para ajustar la curva básica de producción, hay que modificar la cláusula 5 del anexo B del contrato, y esto solo se puede llevar a cabo a través de un contrato adicional que debe llevar la firma de las partes⁽⁶⁵⁾.

Varios de los testigos que rindieron declaración en el proceso se refirieron también a esas mismas razones como las que llevaron a que Ecopetrol no accediera a modificar la curva⁽⁶⁶⁾.

El consorcio vino a formular una nueva solicitud de revisión el 26 de mayo de 2003, también en reunión del subcomité técnico 20⁽⁶⁷⁾, y la reiteró en comunicación del día inmediatamente siguiente⁽⁶⁸⁾.

Las solicitudes en mención fueron despachadas desfavorablemente el 12 de junio de 2003, esta vez con el argumento de que las razones que han impedido alcanzar la curva básica son ajena a las dos partes y de naturaleza temporal, lo cual permite afirmar que tal situación se solucionará una vez superadas las circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito y hechos irresistibles de terceros ... No resulta viable la aplicación de la cláusula 5 del anexo B, pues los términos previstos en la misma no se presentan⁽⁶⁹⁾.

En respuesta, el consorcio insistió en sus planteamientos en comunicación del 18 de junio de 2003⁽⁷⁰⁾.

De todo lo expuesto, el tribunal encuentra primero que ninguna de las partes observó el compromiso contractual que habían adquirido, en el sentido de efectuar las aludidas revisiones cada tres meses. Encuentra también que el consorcio, en diversas oportunidades le puso de presente a Ecopetrol la necesidad modificar la curva. Encuentra así mismo que Ecopetrol, salvo por lo que hace a la primera revisión de la curva⁽⁷¹⁾, nunca accedió a que se efectuaran las revisiones periódicas que estaban previstas, ni aún ante los requerimientos del consorcio. Y encuentra, finalmente, que no le asistía razón a Ecopetrol al argüir la expiración del término de un año o la temporalidad de las causas de la baja producción para oponerse a efectuar las citadas revisiones y, de haber sido el caso, convenir las consiguientes correcciones de la curva básica de producción.

4. Medición de la producción incremental en el contrato CPI Tibú.

El apoderado de Ecopetrol planteó la excepción de fuerza normativa del contrato de producción incremental Tibú para efectos de calcular la existencia de producción incremental por campo como se establece en el contrato, y no pozo a pozo como lo solicita el consorcio demandante, porque entre otras razones dicha medición no resulta objetiva.

Para el consorcio los supuestos sobre los cuales se estructuró dicha regla contractual no se cumplieron, toda vez que la curva básica de producción no se alcanzó y por ende no se puede aplicar dicha medición, en virtud del incumplimiento contractual de Ecopetrol.

a) El contrato.

El contrato de producción incremental Tibú establece las siguientes previsiones relacionadas con la medición de la producción de hidrocarburos en general, y la de la producción incremental específicamente:

En la cláusula 4 se consagra la definición del punto de fiscalización como el sitio localizado en la estación I-21 para la contabilidad de los volúmenes de hidrocarburos producidos.

En la cláusula 7.11, sobre las obligaciones de Ecopetrol, se dice:

“Efectuar medidas y exámenes de los Hidrocarburos producidos, **utilizando para ello equipos y técnicas aceptables en la industria petrolera internacional, en todo caso aprobados por el comité ejecutivo**. Esta medida será la que se tendrá en cuenta para los efectos de este contrato. Sin embargo, la asociada tendrá el derecho de introducir en el área contratada, por su cuenta y sin que haga parte de las actividades de inversión, los **equipos para medir y examinar la producción y para confirmar las medidas y exámenes que efectúe Ecopetrol** y que la asociada considere conveniente. Cuando se trate de suplir las deficiencias de medición en la infraestructura actual disponible en el área contratada, la asociada podrá suministrar e instalar los equipos necesarios con cargo a la inversión (negrilla del tribunal).

En la cláusula 6 del anexo B, sobre medición de la producción, se señala:

De acuerdo con el numeral 7.11 de la cláusula 7 del contrato, la medición de los hidrocarburos se hará en la siguiente forma:

6.1. Medición de hidrocarburos líquidos. Los volúmenes de hidrocarburos líquidos serán determinados por los medidores que para tal efecto Ecopetrol tendrá instalados **en las estaciones de recibo o puntos de entrega y, en defecto de estos, por la medición directa del nivel de los tanques respectivos**, de acuerdo con el aforo aprobado por el Ministerio de Minas y Energía y el API Standard 1101 [...].

6.4. Con fundamento en las mediciones anteriores se determinará el volumen de producción incremental, deduciendo de la producción total obtenida, la producción básica”.

b) El dictamen pericial técnico.

De conformidad con el dictamen pericial técnico, [d]e acuerdo al CPI Tibú, la existencia de producción incremental debe establecerse por la producción total del campo. Las facilidades existentes en el campo Tibú, no permiten hacer una medición diaria de cada uno de los pozos⁽⁷²⁾.

De conformidad con las conclusiones del dictamen, reforzadas por las declaraciones de los testigos⁽⁷³⁾, la medición de la producción real es la que surge de la forma 9C-R, que toma la información de producción de la estación I-21 o punto de fiscalización⁽⁷⁴⁾. Esa información no permite deducir la producción real de cada pozo, de manera que cualquier cálculo que se haga para determinar la producción pozo a pozo que parte de la información de la forma 9 (que es un ajuste matemático de los resultados de las pruebas individuales de los pozos y la producción total del campo) o de la forma 16CR (prueba de capacidad de producción de los pozos) es subjetivo y depende del criterio empleado por el analista, aunque sea técnicamente cierta⁽⁷⁵⁾.

c) Las actas de reuniones de las partes.

En acta de reunión 1 del 12 de febrero de 1999 se consignó:

Producción incremental en pozos intervenidos.

El consorcio manifestó que según el reporte de pruebas de producción a pozos antes y después del trabajo recomendado se ha generado una producción incremental de 120 BOPD que no se ve reflejada en la producción diaria.

A este respecto Ecopetrol aclaró que de acuerdo con las pruebas de producción el único pozo que hasta ahora ha

reflejado un incremento en la producción es el pozo T-253 que presenta un incremento de 18 BOPD en promedio. Los demás pozos tienen el mismo comportamiento.

Se planteó por parte del consorcio la necesidad de mejorar la calidad de las pruebas de producción ya sea **con equipos de mayor precisión que realmente reflejen el volumen de producción por pozo intervenido** Ecopetrol aclara que se hará un análisis conjuntamente con los representantes del consorcio en el campo para sugerir equipos de prueba de mayor precisión y confiabilidad pero **queda claro que las inversiones de estos equipos serán por cuenta del consorcio** como está establecido en el contrato.

De conformidad con el texto del contrato la medición de la producción incremental se realiza por campo, en las estaciones de recibo o puntos de entrega y, en su defecto, por la medición directa del nivel de los tanques respectivos. Las partes previeron desde la fecha de celebración del contrato la posibilidad de que el consorcio utilizara equipos de mayor precisión para medir la producción, y señalaron que estos equipos estarían a su cargo.

Como se observa en el acta citada, durante la ejecución del contrato el consorcio planteó la necesidad de hacer una medición por pozo, frente a lo que Ecopetrol manifestó que tales equipos estarían a su cargo, de conformidad con el contrato.

Sin embargo, el dictamen pericial es contundente respecto a la imposibilidad de realizar una medición diariamente pozo a pozo en el área del contrato de producción incremental Tibú, porque no existen facilidades para hacerlo. Tales facilidades no fueron dispuestas por parte del consorcio, como hubiera podido realizarse según el contrato, a su cargo, y por ende solo es posible hacer la medición por campo, en las estaciones de recibo de la producción.

Tal y como lo destaca el apoderado judicial de Ecopetrol, al tenor del artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, y no existe posibilidad de modificar por vía de interpretación una estipulación contractual clara y expresa.

Si la medición de la producción incremental fue establecida por campo, y en el área no existen facilidades para realizar una medición de la producción pozo a pozo, así debe ejecutarse el contrato. El incumplimiento del contrato por parte de Ecopetrol no habilitaba al consorcio para modificarlo, realizando la medición de la producción bajo otros parámetros, no previstos en el texto del contrato.

El hecho de que el contrato no prohibiera la medición por pozo, como lo señala el consorcio no quiere decir que le estuviera permitido modificar las reglas contractuales a todo aquello que no estuviere expresamente restringido.

Por lo expuesto, en el contrato de producción incremental Tibú la medición de la producción incremental debe realizarse por campo y no por pozo, siendo así procedente la excepción propuesta por el apoderado de Ecopetrol respecto de la fuerza normativa del contrato, y así lo declarará el tribunal.

5. Las excepciones de mérito.

Corresponde al tribunal pronunciarse respecto de las excepciones de mérito propuestas por Ecopetrol en el escrito de contestación a la demanda, en virtud del principio según el cual la decisión arbitral, para ser congruente, debe estudiar no solamente las pretensiones deducidas por la parte convocante, sino las excepciones de fondo propuestas por la parte convocada.

Sea esta la oportunidad de dejar sentado que, a juicio del tribunal, constituyen excepciones de mérito aquellos medios de defensa, reconocidos por las leyes, que el demandado esgrime con el objeto de enervar las pretensiones de la demanda porque los hechos en que esta se fundamenta no producen el efecto jurídico pretendido por el actor, bien porque tales medios impiden el nacimiento del derecho alegado por el actor o lo declaran extinguido, si alguna vez existió. Como es natural, un medio de defensa que reúna tales características debe fundarse en razones de hecho y de derecho, que es preciso enunciar con claridad y precisión, si es que se quiere producir el efecto enervante ya apuntado. De allí que, a juicio del tribunal, la comúnmente denominada y frecuentemente invocada excepción genérica, no constituya, en realidad, una verdadera excepción de mérito, como no la constituyen la llamada carencia de acción o, en procesos declarativos, la inexistencia de la obligación⁽⁷⁶⁾.

Con arreglo a las pautas que se desprenden del anterior criterio, se examinarán seguidamente las excepciones propuestas por la entidad convocada, en el orden en que fueron planteadas.

a) Falta de jurisdicción y competencia del tribunal para pronunciarse respecto de algunas de las pretensiones contenidas en la solicitud de convocatoria.

El tribunal, páginas atrás, estudió detenidamente este aspecto, pues constituía presupuesto necesario e indispensable para poder proferir laudo de mérito, esto es, estimatorio o desestimatorio de las pretensiones del consorcio demandante y de las restantes excepciones propuestas por la entidad convocada, y llegó a la conclusión de que le asiste plena jurisdicción y competencia para desatar el conflicto existente entre las partes. A lo dicho en ese aparte del presente laudo se remite, sin que sea necesario repetir aquí las razones que lo condujeron a la mencionada conclusión.

La excepción examinada no está, pues, llamada a prosperar y así se decidirá en la parte resolutiva de este proveído.

b) Fuerza normativa del contrato de producción incremental Tibú e imposibilidad de calcular la existencia de producción incremental, apartándose de la metodología pactada en dicho contrato.

Asiste la razón a la entidad convocada en la formulación de esta excepción, según quedó ampliamente expuesto en otro lugar del presente laudo, a donde el tribunal se remite para efectos del pronunciamiento expreso sobre las excepciones de mérito oportunamente deducidas por la convocada, por lo cual la excepción que se analiza habrá de encontrar prosperidad y así se decidirá en la parte resolutiva de este laudo.

c) En desarrollo y ejecución del contrato de producción incremental Tibú no se ha generado producción incremental, en los términos pactados en tal contrato.

Aunque no se trata, técnicamente hablando, de una excepción de conformidad con el criterio enunciado en párrafos anteriores, este medio de defensa invocado por Ecopetrol está llamado a prosperar, por cuanto como se vio en otro aparte del presente laudo, el campo Tibú no arrojó producción incremental en desarrollo y ejecución del contrato de producción incremental Tibú. Observa, sí, el tribunal, que este medio defensivo no se opone a ninguna de las pretensiones formuladas por el consorcio convocante y que, además, como se expresó en otro aparte del presente laudo, la producción adicional que, de conformidad con la prueba pericial técnica, generaron seis de los dieciocho pozos intervenidos por el consorcio en el campo Tibú se reconocerá a título de indemnización de los perjuicios a que es acreedor el consorcio convocante por el incumplimiento del contrato por parte de Ecopetrol.

d) Imposibilidad de calcular objetivamente la producción incremental, utilizando parámetros diferentes a los pactados en el contrato de producción incremental Tibú.

Con arreglo al temperamento enunciado atrás, a juicio del tribunal, no se está en presencia de una excepción de mérito, propiamente dicha. El argumento alegado constituye una defensa de la entidad demandada enderezada a controvertir afirmaciones contenidas en la demanda formulada por el consorcio convocante. Además, en concepto del tribunal, la excepción analizada aparece estructurada sobre los mismos pilares en que se fundó la excepción —hallada próspera— de fuerza normativa del contrato de producción incremental Tibú y, por consiguiente, estima que se trata de una consecuencia directa de la misma. Anota el tribunal, de otra parte, que el cálculo de producción adicional que generaron seis de los dieciocho pozos intervenidos por el consorcio en el campo Tibú sí es factible hacerlo, como lo demostró ampliamente el dictamen pericial técnico.

Por las expresadas razones, la excepción que se estudia no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutiva de este laudo.

e) Cumplimiento cabal por parte de Ecopetrol de las obligaciones que le impuso el contrato de producción incremental Tibú, en la forma y en los términos en que las mismas fueron pactadas por las partes.

Esta excepción, además de no constituir técnicamente una excepción, según se dijo líneas atrás, no está llamada a encontrar prosperidad, toda vez que como aparece expuesto en otros apartes del presente laudo, el tribunal ha encontrado que la entidad convocada incumplió obligaciones para ella derivadas del contrato de producción

incremental Tibú y, en particular, la de mantener los recursos suficientes para alcanzar la curva básica de producción fijada en el contrato, a fin de que el consorcio convocante pudiese lograr el objetivo que las partes buscaron al celebrar el referido contrato. Por consiguiente, en la parte resolutiva de este laudo se declarará no probado este medio exceptivo.

f) La naturaleza del contrato de producción incremental Tibú impide que respecto del mismo se predique la aplicación de figuras reservadas para los contratos comutativos, como la teoría de la imprevisión o del equilibrio contractual.

El tribunal acogerá la formulación de esta defensa esgrimida por la entidad demandada porque, como se vio en otro aparte del presente laudo, el contrato de producción incremental que suscribieron las partes objeto del presente debate es, a juicio del tribunal, un contrato esencialmente aleatorio. Y como a términos del artículo 868 del Código de Comercio, que consagró en el derecho positivo colombiano la figura de la imprevisión, ella no es aplicable a los contratos aleatorios, resulta de meridiana claridad para el tribunal que ella resulta inaplicable al contrato que ha sido materia de la presente litis.

Idénticas razones militan para desechar la aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio contractual al contrato de producción incremental Tibú, toda vez que dicho principio está reservado por la Ley 80 de 1993 a los contratos estatales comutativos. Así, en la parte resolutiva del presente laudo, se declarará probada la excepción de que se trata.

g) Existencia de causas de fuerza mayor, caso fortuito o hechos irresistibles de terceros, que impidieron el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales de cada una de las partes del contrato de producción incremental Tibú y determinaron su suspensión.

Ecopetrol interpuso la excepción de fuerza mayor alegando que por razones de orden público la normal ejecución de las actividades de las partes se vio afectada, a tal punto que el contrato fue suspendido entre el 16 de septiembre y 4 de noviembre de 1998 y entre el 12 de abril de 1999 y el 2 de julio de 2001.

La parte convocante alega que ninguna de las partes agotó formalmente el procedimiento descrito en las cláusulas 18 y 23 del contrato, y que en consecuencia no puede considerarse que el contrato estuvo suspendido por razones de fuerza mayor.

Conviene entonces analizar separadamente cada uno de los aspectos aquí debatidos:

De la suspensión del contrato

El contrato de producción incremental Tibú consagró en las cláusulas 18 y 23 las causales de suspensión del contrato por razones de fuerza mayor, en los siguientes términos:

“Cláusula 18. Suspensión del contrato. Por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos irresistibles de terceros, la parte afectada podrá suspender la ejecución del contrato, para lo cual deberá dar **aviso escrito** a la otra parte inmediatamente ocurra el hecho, detallando la causal aplicable a la suspensión.

Adicionalmente, por mutuo acuerdo, o por ser conveniente para los intereses de las partes, podrán suspender la ejecución del contrato, previa suscripción de un acta en la que se haga constar dicha circunstancia.

En cualquier evento para efectos del plazo extintivo no se computará el tiempo de la suspensión, hasta un máximo total de dos (2) años.

Si por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o hechos irresistibles de terceros, se afectara la producción del área contratada por uno o más períodos de quince (15) o más días consecutivos, la pérdida de producción derivada de esta circunstancia, se asumirá proporcionalmente por los volúmenes de la producción básica y la producción incremental.

[...].

Cláusula 23. Fuerza mayor, caso fortuito y hechos irresistibles de terceros. Las obligaciones de las partes a que se refiere este contrato, se suspenderán durante todo el tiempo en que estas estén en imposibilidad de cumplirlas total o parcialmente, debido a hechos que constituyan fuerza mayor, caso fortuito o hechos irresistibles de terceros, tales como huelgas, guerras, **condiciones que afecten la seguridad de bienes o personas**, terremotos, inundaciones u otras catástrofes, leyes o reglamentos gubernamentales o decretos, y en general cualquier motivo no financiero que impida el cumplimiento de las obligaciones o la ejecución del contrato o que impida la obtención del material o equipos indispensables aun cuando no se haya enumerado anteriormente, pero que afecte a Ecopetrol o a la asociada y que no esté bajo control de ellas.

Si una de las partes no puede, por las causas anteriormente enunciadas, cumplir las obligaciones de este contrato, deberá notificarlo inmediatamente a la otra para los efectos previstos en la cláusula 18 de este contrato, especificando las causas de su impedimento” (sublíneas del tribunal).

La cláusula 18 antes trascrita fue modificada mediante Otrosí 1 del 1º de febrero de 2003, en el sentido de que no serán 15 días sino 5 los que se requieren para dar aplicación a la distribución proporcional. Sin embargo, la demanda objeto del presente proceso comprende el período anterior a la celebración del Otrosí 1, entre el 16 de octubre de 1998 y el 1º de febrero de 2003.

De las cláusulas revisadas el tribunal concluye que el contrato podía suspenderse bien por razones de fuerza mayor, o bien por mutuo acuerdo entre las partes. Cuando fuere por razones de fuerza mayor que afectaran la producción por más de 15 días, las pérdidas se repartirían proporcionalmente entre la producción básica y la incremental.

El tribunal encuentra que efectivamente hubo una suspensión de las actividades de las partes en el área contractual, provocada por circunstancias laborales en primera instancia, y de alteración del orden público posteriormente, que fueron de mutuo conocimiento de las partes, y respecto de las cuales se dejó constancia formal en el acta de reiniciación del contrato, suscrita el 28 de junio de 2001 por los representantes de las dos partes⁽⁷⁷⁾.

En efecto, en el acta mencionada se expresa claramente que el contrato estuvo suspendido, y que por ende se procede a su reiniciación. Se indica que los períodos de suspensión de las actividades en el área contractual ocurrieron, el primero —por problemas laborales— entre el 16 de septiembre de 1998 y el 4 de noviembre del mismo año. El segundo, a raíz del secuestro del ingeniero Palacio en el campo, y por causa de la alteración del orden público en la zona, entre el 12 de abril de 1999 y el 1º de julio de 2001.

Con fundamento en el documento referido, para el tribunal no existe duda de que el contrato estuvo suspendido en los períodos mencionados, con la aquiescencia de las dos partes.

Adicionalmente, destaca el tribunal que el procedimiento contractual para la suspensión del contrato no exigía una fórmula especial, sino el aviso entre las partes sobre la ocurrencia de los hechos que motivaban la suspensión, situación de la cual da cuenta el acta del 28 de junio de 2001, donde las partes aceptaron que el contrato se había suspendido y reseñaron las causas que generaron dicha suspensión.

Ahora bien, los efectos económicos de la suspensión del contrato fueron resueltos por las partes ampliando el período inicial del contrato. Sin embargo, nada se dijo respecto de los efectos sobre la producción durante el período de la suspensión, ni sobre el reconocimiento de la producción incremental que alegaba el consorcio, a pesar de la clara y expresa estipulación contractual contenida en la cláusula 18 del contrato, antes citada, que indicaba que la pérdida de producción derivada de esta circunstancia, se asumiría proporcionalmente por los volúmenes de la producción básica y la producción incremental.

De manera que las pérdidas de producción ocurridas durante los dos períodos de suspensión del contrato —que en ambos casos superaron los 15 días— se debían repartir proporcionalmente entre la producción básica e incremental, como lo reguló el contrato, si se concluyera que tales suspensiones ocurrieron por razones de fuerza mayor, y no simplemente por mutuo acuerdo entre las partes.

De la ocurrencia de circunstancias de fuerza mayor.

Es cierto que la ejecución del contrato puede hacerse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

El cumplimiento debido de las obligaciones se encuentra íntimamente ligado a la posibilidad de cumplir su objeto, y a la diligencia que el deudor haya empleado en tal sentido, tanto en su previsión, como en su oposición o resistencia al hecho.

De ahí que el Código Civil colombiano, en el artículo 1604, no solo responsabiliza al deudor de una obligación de la culpa leve cuando se trate de contratos con beneficio recíproco, sino que, en su inciso segundo, dispone: El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

Con ello se establece la columna vertebral de la responsabilidad, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, conforme al cual Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el aprisionamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

En términos generales, podemos identificar como elementos fundamentales para la existencia de un hecho exonerante de responsabilidad por ser constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, y por lo tanto de los cuales se deriva la imposibilidad de cumplir en la forma estipulada, los siguientes:

i) Ser un hecho exógeno, no imputable al deudor por acción o por omisión, es decir que no haya ocurrido por su culpa, de donde se predica la ausencia de falta del deudor.

ii) Ser de naturaleza irresistible, lo cual quiere decir que se trata de un acontecimiento que nadie puede evitar. Según lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, es irresistible lo que no haya podido ser impedido y haya colocado al deudor —dominado por el acontecimiento— en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación⁽⁷⁸⁾.

iii) Haber sido imprevisible, esto significa que los acontecimientos no se hayan podido prever. Este, lejos de constituir un elemento estático cuya sola ocurrencia descartaría o desvirtuaría la existencia de la fuerza mayor o el caso fortuito, ha sido entendido de tiempo atrás, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como un elemento dinámico que es necesario analizar en cada caso particular.

En efecto, según la jurisprudencia lo imprevisible no significa que el hecho sea desconocido, sino que por ser inopinado u ocasional no se sabe o no puede preverse cuando ni en qué circunstancias podrá acontecer⁽⁷⁹⁾.

Encontramos por consiguiente que la imprevisibilidad se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, vale decir, como lo afirma la Corte, cuando sea inopinado u ocasional, esto es que ante la conducta prudente adoptada por quien alega el caso fortuito era imposible preverlo.

Caso muy distinto es aquel en que siendo previsible y de común ocurrencia el acontecimiento, al decir de Guillermo Ospina Fernández ...el deudor creyó poder sobreponerse a él, la conclusión ineluctable es la de que el deudor debe responder por haber obrado a sabiendas y con temeridad por lo tanto entra a responder⁽⁸⁰⁾.

Al respecto es necesario analizar si la causa del incumplimiento de la obligación es ajena al deudor, quien a pesar de la experiencia común no se espera su acontecimiento, advirtiendo que el deudor debe prever los acontecimientos ordinarios y frecuentes, pero no está obligado a hacerlo respecto de los hechos excepcionales o extraordinarios. Ahora bien, para determinar qué tan previsible es un acontecimiento, se debe establecer en cada circunstancia, la medida esperada de la diligencia del deudor.

La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones antes señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados, y no simplemente que le resulte más gravoso, en cuyo caso nos encontramos frente a la teoría de la

imprevisión. La fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, al paso que con fundamento en la teoría de la imprevisión el contratista si puede cumplir el contrato, pero lo hace con mayores dificultades, por lo que tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, alterado por causa del hecho imprevisible.

Para la declaración de un hecho de fuerza mayor se debe demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, pero frente a la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho externo e imprevisible hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, pero no impidió la ejecución del contrato.

En el caso que nos ocupa es necesario establecer si la primera suspensión del contrato (entre el 16 de septiembre y el 4 de noviembre de 1998) causada por los trabajadores de Ecopetrol, constituyó una razón de fuerza mayor, por una parte, y así mismo, si también lo fue la alteración del orden público que motivó la segunda suspensión del contrato (entre el 12 de abril de 1999 y el 2 de julio de 2001).

Primera suspensión.

Salvo por la muy tangencial referencia consignada en el acta de reiniciación del contrato del 28 de junio de 2001, y algunas menciones menores de los testigos sobre estos hechos, no se demostró en el proceso que los hechos que sucedieron entre el 16 de septiembre y el 4 de noviembre de 1998 relacionados con alteraciones de carácter laboral en el campo, hubieran sido constitutivos de fuerza mayor, ni se rindió explicación alguna sobre la forma como ocurrieron, de manera que no es posible para el tribunal declarar que dicha suspensión ocurrió por razones de fuerza mayor, por falta de prueba.

Segunda suspensión.

Para el tribunal es claro que la turbación del orden público en la zona de ejecución del contrato quedó plenamente demostrada. En efecto, a través del dictamen pericial técnico⁽⁸¹⁾ y de las declaraciones de los ingenieros Luis Javier Palacio y Nariño Monterrosa, así como las de los doctores Germán Montoya Vélez y Luis Fernando Alarcón Mantilla, entre otros, se demostró que la región del Catatumbo donde se encuentra el campo Tibú, registra graves problemas de orden público, y que durante la ejecución del contrato ocurrió el secuestro del ingeniero Palacio en el campo y se presentaron ataques de la guerrilla a la infraestructura petrolera.

De esta situación durante el período de ejecución contractual dan cuenta numerosas constancias que aparecen en las actas del subcomité técnico y financiero⁽⁸²⁾, así como en las actas del propio comité ejecutivo⁽⁸³⁾. Ahora bien, es necesario establecer entonces si los problemas de orden público fueron imprevisibles e irresistibles para las partes.

La alteración de orden público en la zona del Catatumbo era de público conocimiento con anterioridad a la celebración del contrato⁽⁸⁴⁾, de manera que para ninguna de las partes contratantes este era un hecho nuevo o imprevisible, y mucho menos para Ecopetrol, quien en su condición de operador del campo había sido objeto de ataques de grupos alzados en armas. Estos eventos eran frecuentes en la región, y por ende era bastante probable su ocurrencia hacia el futuro.

Es claro entonces que los problemas de orden público no fueron un hecho imprevisible para Ecopetrol, y también lo es que no fue un hecho irresistible, en tanto que si bien la empresa estatal no podía evitar la alteración del orden público, ello no significa que no estaba en condiciones de sobreponerse a ella, para evitar sus nocivas consecuencias. En efecto, siendo una situación de muy probable ocurrencia, le imponía la obligación de prepararse debidamente para superar sus efectos negativos frente a la curva básica de producción, con la cual se había comprometido.

Para el tribunal es claro que la curva básica de producción, que no es más que una proyección de la producción del campo a partir de los niveles históricos de la misma, refleja necesariamente la incidencia de la turbación del orden público en la producción, y por ende, para considerar una situación de fuerza mayor se requería demostrar que la alteración del orden público en la región durante la ejecución del contrato alcanzó niveles extraordinarios respecto de los registrados históricamente, hecho que no fue probado en el proceso.

La incidencia de la alteración del orden público en la producción básica quedó demostrada en el dictamen pericial, que señaló que de las pérdidas de crudo totales que ascienden a 806.673 BBL durante el período revisado, solamente 36.955 BBL obedecen a factores de orden público, lo que representa el 4,58% del total de las pérdidas, y el resto corresponden a 14 factores adicionales, dentro de los cuales se destacan los factores operacionales⁽⁸⁵⁾.

Esta prueba técnica desvirtúa la relación nexo —causal entre el supuesto hecho de fuerza mayor y el incumplimiento de Ecopetrol para el mantenimiento de la producción básica, toda vez que esta solo se afectó en un 4,58% por causas de orden público, según los propios registros de Ecopetrol, recogidos en el dictamen pericial técnico.

Con fundamento en lo expuesto, es claro para el tribunal que si bien ocurrieron problemas de orden público en el campo, como lo afirma Ecopetrol, no tuvieron la entidad suficiente para impedir el cumplimiento de las obligaciones de las partes, y su incidencia en las pérdidas de producción solo alcanzó el 4,58% del total, razón por la cual no se declarará probada la excepción de fuerza mayor.

h) Inexistencia de faltas imputables a la convocada que hayan sido provocadas por dolo o culpa grave.

Si bien es cierto que en el proceso no aparece demostrada la ocurrencia de conductas dolosas o culposas imputables a Ecopetrol en la ejecución del contrato de producción incremental Tibú suscrito por dicha empresa con el consorcio convocante, no lo es menos que el planteamiento de esta excepción involucra, en el fondo, responsabilidades individuales de funcionarios o empleados de la entidad convocada, asunto que en ningún momento fue planteado por la parte convocante, no ha sido materia debatida en el curso del proceso y bajo ninguna circunstancia entraría en el ámbito de competencia de este tribunal. No se accederá, en consecuencia, a declarar la prosperidad de esta excepción.

i) Excepción genérica.

Solicita el apoderado de la entidad convocada que el tribunal declare cualquier otra excepción que resultare demostrada en el proceso.

Al respecto es aplicable el criterio general enunciado en párrafos anteriores, donde el tribunal manifestó que, en su opinión, la denominada excepción genérica no constituye, en realidad de verdad, una excepción de mérito sino una defensa de la parte que la propone. Con arreglo a ese criterio, el tribunal no declarará probada la referida excepción en la parte resolutiva del presente laudo.

E. Cálculo de la indemnización

Como consecuencia del incumplimiento de Ecopetrol, es procedente acceder a la pretensión de indemnización de perjuicios formulada en la demanda (pretensión octava principal).

Tratándose de una entidad estatal la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones se deriva además del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, en cuyo caso deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

En este laudo se dijo que, de conformidad con el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, el contrato de producción incremental Tibú se rige por normas especiales y no por el estatuto de contratación estatal. Sin embargo, es necesario precisar que para ciertos aspectos, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como para lo relacionado con la responsabilidad contractual de las entidades estatales, las normas de la Ley 80 de 1993 resultan aplicables a toda clase de contratos estatales, incluidos los de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, como el contrato de asociación para la producción incremental Tibú.

Adicionalmente, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Ahora bien, los perjuicios causados al consorcio por el incumplimiento de Ecopetrol respecto de sus obligaciones de aportar los recursos suficientes para mantener la curva básica de producción y de revisarla en los términos del contrato, se deben indemnizar con el reconocimiento de unos valores que compensen la producción adicional que se generó en los pozos intervenidos por el consorcio y cuya participación este dejó de recibir, precisamente como consecuencia de que no se hubiera alcanzado la curva básica de producción.

Para calcular estos valores el tribunal tomó los resultados de los cálculos de producción de cada uno de los pozos intervenidos por el consorcio que quedaron consignados en el dictamen pericial técnico, específicamente aquellos cálculos fundados en períodos históricos de 20 años⁽⁸⁶⁾. Para tal efecto consideró únicamente aquellos pozos cuya producción, después de la intervención del consorcio, sobrepasó la tendencia histórica de producción que cada uno de esos pozos mostraba en el período antes indicado, esto es, 20 años⁽⁸⁷⁾.

No se toman en cuenta los 4.946 barriles determinados en el dictamen técnico como producción incremental del campo, calculada con base en los parámetros contractuales⁽⁸⁸⁾, en virtud de que las pretensiones de la demanda no se refieren al reconocimiento de esa producción incremental por campo, sino que se limitan a la producción de los 18 pozos intervenidos considerados individualmente. En cualquier caso, buena parte de esa producción incremental quedaría comprendida en la producción adicional de cada uno de los pozos a que se refiere el párrafo inmediatamente anterior.

Así, de los 18 pozos en los cuales el consorcio realizó trabajos de optimización, solamente en 6 de ellos se elevó la producción con respecto a la tendencia histórica de cada pozo, razón por la cual solo se tendrán en cuenta estos 6 pozos para efectos de determinar el volumen de producción adicional a fin de determinar el monto de la indemnización.

Tales 6 pozos son los siguientes: T-11, T-30, T-42, T-104, T-273 y T-377.

Para el tribunal no es relevante si el dictamen financiero refleja o no inversión directa en cada uno de estos pozos, pues entiende que toda la inversión debe considerarse globalmente, teniendo en cuenta que los costos administrativos y especialmente los del personal técnico que diseñó las intervenciones, benefician todas y cada una de las operaciones del consorcio en el área contractual, no siendo posible discriminar qué porcentaje del tiempo de cada funcionario técnico o administrativo del consorcio corresponde a cada pozo.

La producción adicional alcanzada en los 6 pozos mencionados, a raíz de la intervención del consorcio, fue de 85.181 BBL⁽⁸⁹⁾. Descontando el 20% de las regalías en favor del Estado, quedan 68.145 BBL, producción de la cual al consorcio le corresponden 50.087 BBL, según el contrato⁽⁹⁰⁾. Este volumen multiplicado por el precio de venta establecido entre las partes para la compraventa de crudo⁽⁹¹⁾ arroja un valor total de US \$ 1.058.336.

El pozo T-273 fue considerado para efectos del cálculo mencionado en razón a que, si bien es cierto que Ecopetrol alteró el diseño de optimización en el pozo con posterioridad a la intervención del consorcio, según lo reseña el experticio en la respuesta a la pregunta 1.22 de Ecopetrol⁽⁹²⁾, y también que esta intervención fue calificada como representativa⁽⁹³⁾, no lo es menos que el comportamiento del pozo fue notoriamente más alto a raíz de la intervención del consorcio, como se observa en el experticio⁽⁹⁴⁾. Adicionalmente, el hecho de que Ecopetrol alterara con posterioridad el diseño de optimización del consorcio, en su calidad de operador del campo, no es un hecho sobre el cual el consorcio tuviera capacidad decisoria alguna, ni existe en el proceso certeza técnica sobre los efectos que tuvo la intervención de Ecopetrol en el pozo T-273 sobre la producción.

En los anexos del dictamen⁽⁹⁵⁾, se encuentra el detalle de los trabajos realizados en el pozo T-273, y consta que el servicio de optimización por parte del consorcio se realizó el 31 de enero de 1999, consistente en la profundización de la bomba a 5045 pies y la modificación de la sarta de varillas 3/4" y 7/8". Igualmente aparece que el 21 de febrero del mismo año, Ecopetrol, además de realizar trabajos de mantenimiento, subió la bomba a 4903 pies.

El único hecho cierto es que el pozo registró una mayor producción a raíz de la intervención del consorcio, y no antes, y que a partir de allí se modificó su comportamiento o tendencia histórica de producción, y por esta razón el tribunal lo incluye para efectos del cálculo de la indemnización.

La producción adicional que se registró en los 6 pozos mencionados es la siguiente, la cual se obtiene de la tabla

1.12.2 del dictamen:

| Fecha | T-11 (22 Nv 98) BBL | T-30 (5 En 99) BBL | T-42 (12 Dc 98) BBL | T-104 (6 Mz 99) BBL | T-273 (31 En 99) BBL | T-377 (9 Mz 99) BBL | Total BBL 6 pozos |
|--------------|----------------------------|---------------------------|----------------------------|----------------------------|-----------------------------|----------------------------|--------------------------|
| Nov-98 | | | | | | | 0 |
| Dic-98 | | | | | | | 0 |
| Ene-99 | | 19 | 316 | | | | 335 |
| Feb-99 | 56 | 363 | 34 | | | | 453 |
| Mar-99 | 428 | 277 | 210 | | 76 | 146 | 1.138 |
| Abr-99 | 252 | 261 | 417 | | 473 | 72 | 1.475 |
| May-99 | 308 | 630 | | | 733 | 403 | 2.074 |
| Jun-99 | | 200 | | | 705 | 482 | 1.387 |
| Jul-99 | | 428 | 106 | 1.199 | 701 | 453 | 2.887 |
| Ago-99 | | 496 | 59 | | 891 | 361 | 1.806 |
| Sep-99 | | 448 | 61 | 396 | 766 | 134 | 1.805 |
| Oct-99 | | 388 | | 447 | 692 | 227 | 1.754 |
| Nov-99 | 138 | 273 | 175 | 453 | 532 | 481 | 2.052 |
| Dic-99 | 278 | | | 999 | 814 | 445 | 2.536 |
| Ene-00 | 163 | | | 878 | 893 | 414 | 2.349 |
| Feb-00 | 11 | | | 667 | 717 | 137 | 1.531 |
| Mar-00 | 277 | 364 | 23 | 502 | 478 | 77 | 1.720 |
| Abr-00 | 450 | 83 | | 341 | 592 | 352 | 1.819 |
| May-00 | 369 | 488 | 117 | 637 | 582 | 536 | 2.729 |
| Jun-00 | | | 257 | 610 | 744 | 369 | 1.981 |
| Jul-00 | | 449 | 160 | 417 | 796 | 162 | 1.985 |
| Ago-00 | | 113 | 79 | 250 | 654 | 176 | 1.273 |
| Sep-00 | 190 | 13 | 122 | 383 | 485 | 286 | 1.479 |
| Oct-00 | 442 | | 259 | 337 | 867 | 187 | 2.091 |
| Nov-00 | 191 | | 338 | 526 | 675 | 233 | 1.963 |
| Dic-00 | | | 142 | 207 | 958 | 887 | 2.193 |
| Ene-01 | 248 | 248 | 812 | 447 | 807 | 516 | 3.078 |
| Feb-01 | 96 | | 265 | 618 | 581 | 529 | 2.089 |
| Mar-01 | 220 | 445 | 93 | 203 | 861 | 331 | 2.153 |
| Abr-01 | | | 18 | 167 | 625 | 347 | 1.156 |
| May-01 | | | | 66 | 964 | 529 | 1.559 |
| Jun-01 | 276 | | | 333 | 755 | 444 | 1.808 |
| Jul-01 | | | 133 | 524 | 1.082 | 386 | 2.124 |
| Ago-01 | | | 384 | 766 | 804 | 333 | 2.286 |
| Sep-01 | | | 17 | | 976 | 372 | 1.365 |

| | | | | | | | |
|--------|-------|-------|-------|--------|--------|--------|--------|
| Oct-01 | 146 | | 96 | | 997 | 489 | 1.728 |
| Nov-01 | 91 | | 6 | | 815 | 346 | 1.257 |
| Dic-01 | 96 | | | 410 | 849 | 579 | 1.935 |
| Ene-02 | | | 251 | | 963 | 308 | 1.521 |
| Feb-02 | 21 | | 142 | 328 | 863 | 328 | 1.682 |
| Mar-02 | | | 125 | 337 | 798 | 280 | 1.541 |
| Abr-02 | | | | 427 | 717 | 329 | 1.473 |
| May-02 | 283 | | 123 | | 446 | | 852 |
| Jun-02 | 373 | | 316 | 409 | 870 | 327 | 2.296 |
| Jul-02 | 432 | | | 723 | 194 | 351 | 1.701 |
| Ago-02 | 224 | | | 381 | 756 | | 1.361 |
| Sep-02 | | | 249 | 295 | 778 | 372 | 1.693 |
| Oct-02 | | | 52 | 521 | 682 | 319 | 1.574 |
| Nov-02 | | | | 275 | 530 | 404 | 1.209 |
| Dic-02 | | | | 300 | 880 | 476 | 1.656 |
| Ene-03 | | | | 134 | 667 | 470 | 1.271 |
| Total | 6.060 | 5.986 | 5.954 | 16.912 | 34.085 | 16.184 | 85.181 |

De la producción adicional de los 6 pozos se debe restar el 20% correspondiente al valor de la regalía, y luego se distribuye entre el volumen restante entre Ecopetrol y el consorcio, de conformidad con la cláusula 12 del contrato, así:

| Total BBL 6 pozos | Regalías 20% | Producción Neta | Participación ECP | Participación consorcio |
|-------------------|--------------|-----------------|-------------------|-------------------------|
| | | | | |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 335 | 67 | 268 | 71 | 197 |
| 453 | 91 | 363 | 96 | 266 |
| 1.138 | 228 | 910 | 241 | 669 |
| 1.475 | 295 | 1.180 | 313 | 867 |
| 2.074 | 415 | 1.659 | 440 | 1.219 |
| 1.387 | 277 | 1.109 | 294 | 815 |
| 2.887 | 577 | 2.310 | 612 | 1.698 |
| 1.806 | 361 | 1.445 | 383 | 1.062 |
| 1.805 | 361 | 1.444 | 383 | 1.061 |
| 1.754 | 351 | 1.403 | 372 | 1.032 |
| 2.052 | 410 | 1.642 | 435 | 1.207 |
| 2.536 | 507 | 2.029 | 538 | 1.491 |
| 2.349 | 470 | 1.879 | 498 | 1.381 |

| | | | | |
|--------|--------|--------|--------|--------|
| 1.531 | 306 | 1.225 | 325 | 900 |
| 1.720 | 344 | 1.376 | 365 | 1.012 |
| 1.819 | 364 | 1.455 | 386 | 1.070 |
| 2.729 | 546 | 2.183 | 579 | 1.605 |
| 1.981 | 396 | 1.584 | 420 | 1.165 |
| 1.985 | 397 | 1.588 | 421 | 1.167 |
| 1.273 | 255 | 1.018 | 270 | 748 |
| 1.479 | 296 | 1.183 | 314 | 870 |
| 2.091 | 418 | 1.673 | 443 | 1.230 |
| 1.963 | 393 | 1.570 | 416 | 1.154 |
| 2.193 | 439 | 1.754 | 465 | 1.289 |
| 3.078 | 616 | 2.462 | 652 | 1.810 |
| 2.089 | 418 | 1.671 | 443 | 1.229 |
| 2.153 | 431 | 1.722 | 456 | 1.266 |
| 1.156 | 231 | 925 | 245 | 680 |
| 1.559 | 312 | 1.247 | 330 | 917 |
| 1.808 | 362 | 1.446 | 383 | 1.063 |
| 2.124 | 425 | 1.699 | 450 | 1.249 |
| 2.286 | 457 | 1.829 | 485 | 1.344 |
| 1.365 | 273 | 1.092 | 289 | 803 |
| 1.728 | 346 | 1.382 | 366 | 1.016 |
| 1.257 | 251 | 1.006 | 267 | 739 |
| 1.935 | 387 | 1.548 | 410 | 1.138 |
| 1.521 | 304 | 1.217 | 322 | 894 |
| 1.682 | 336 | 1.346 | 357 | 989 |
| 1.541 | 308 | 1.233 | 327 | 906 |
| 1.473 | 295 | 1.179 | 312 | 866 |
| 852 | 170 | 681 | 181 | 501 |
| 2.296 | 459 | 1.836 | 487 | 1.350 |
| 1.701 | 340 | 1.360 | 361 | 1.000 |
| 1.361 | 272 | 1.089 | 288 | 800 |
| 1.693 | 339 | 1.355 | 359 | 996 |
| 1.574 | 315 | 1.259 | 334 | 925 |
| 1.209 | 242 | 967 | 256 | 711 |
| 1.656 | 331 | 1.325 | 351 | 974 |
| 1.271 | 254 | 1.017 | 269 | 747 |
| 85.181 | 17.036 | 68.145 | 18.058 | 50.087 |

La producción correspondiente al consorcio se multiplica por el valor que las partes señalaron para la compraventa de crudo, y arroja los siguientes resultados:

| Fecha | Participación consorcio | Precio venta USD\$ | Ingreso consorcio USD\$ |
|--------------|--------------------------------|---------------------------|--------------------------------|
| Nov-98 | 0 | 8,82 | 0 |
| Dic-98 | 0 | 6,82 | 0 |
| Ene-99 | 197 | 8,11 | 1.597 |
| Feb-99 | 266 | 7,72 | 2.057 |
| Mar-99 | 669 | 9,75 | 6.525 |
| Abr-99 | 867 | 12,73 | 11.037 |
| May-99 | 1.219 | 12,15 | 14.818 |
| Jun-99 | 815 | 12,62 | 10.294 |
| Jul-99 | 1.698 | 14,78 | 25.083 |
| Ago-99 | 1.062 | 17,00 | 18.056 |
| Sep-99 | 1.061 | 19,55 | 20.746 |
| Oct-99 | 1.032 | 19,65 | 20.271 |
| Nov-99 | 1.207 | 21,49 | 25.931 |
| Dic-99 | 1.491 | 22,29 | 33.237 |
| Ene-00 | 1.381 | 24,13 | 33.325 |
| Feb-00 | 900 | 25,05 | 22.551 |
| Mar-00 | 1.012 | 25,51 | 25.805 |
| Abr-00 | 1.070 | 21,30 | 22.779 |
| May-00 | 1.605 | 23,79 | 38.176 |
| Jun-00 | 1.165 | 26,75 | 31.148 |
| Jul-00 | 1.167 | 25,94 | 30.275 |
| Ago-00 | 748 | 25,61 | 19.166 |
| Sep-00 | 870 | 25,42 | 22.102 |
| Oct-00 | 1.230 | 28,91 | 35.550 |
| Nov-00 | 1.154 | 28,11 | 32.444 |
| Dic-00 | 1.289 | 29,03 | 37.428 |
| Ene-01 | 1.810 | 23,19 | 41.960 |
| Feb-01 | 1.229 | 22,68 | 27.863 |
| Mar-01 | 1.266 | 21,04 | 26.630 |
| Abr-01 | 680 | 23,91 | 16.258 |
| May-01 | 917 | 22,57 | 20.685 |
| Jun-01 | 1.063 | 22,65 | 24.072 |
| Jul-01 | 1.249 | 21,07 | 26.314 |
| Ago-01 | 1.344 | 21,77 | 29.257 |
| Sep-01 | 803 | 21,15 | 16.984 |
| Oct-01 | 1.016 | 16,72 | 16.990 |
| Nov-01 | 739 | 13,69 | 10.118 |

| | | | |
|--------|--------|-------|-----------|
| Dic-01 | 1.138 | 14,56 | 16.559 |
| Ene-02 | 894 | 16,73 | 14.959 |
| Feb-02 | 989 | 15,42 | 15.250 |
| Mar-02 | 906 | 19,61 | 17.769 |
| Abr-02 | 866 | 21,40 | 18.541 |
| May-02 | 501 | 20,89 | 10.465 |
| Jun-02 | 1.350 | 20,01 | 27.011 |
| Jul-02 | 1.000 | 21,24 | 21.234 |
| Ago-02 | 800 | 22,06 | 17.652 |
| Sep-02 | 996 | 23,90 | 23.797 |
| Oct-02 | 925 | 23,10 | 21.381 |
| Nov-02 | 711 | 19,81 | 14.083 |
| Dic-02 | 974 | 22,92 | 22.327 |
| Ene-03 | 747 | 26,46 | 19.774 |
| Total | 50.087 | 1.022 | 1.058.336 |

El valor total de la indemnización a cargo de Ecopetrol en favor del consorcio corresponde entonces a la suma de un millón cincuenta y ocho mil trescientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.058.336).

Finalmente, el tribunal no accederá a la pretensión que persigue el reconocimiento y pago de intereses moratorios por períodos anteriores a la fecha del presente laudo, no solo porque no se encuentra acreditado dentro del expediente que Ecopetrol se hubiese constituido en mora, requisito indispensable prescrito en el artículo 1615 del Código Civil, sino, principalmente, porque el incumplimiento que origina los perjuicios —y entre ellos los moratorios— tan solo está siendo declarado mediante este laudo.

F. Costas

Según lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el 171 del Código Contencioso Administrativo,

“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

En atención a que las súplicas de la demanda solo prosperaron parcialmente; considerando que de las nueve excepciones de mérito propuestas por la entidad convocada, el tribunal encontró probadas tan solo tres de ellas, y habida cuenta de que el comportamiento de las partes, por conducto de sus procuradores judiciales, a lo largo del proceso fue en todo momento irreprochable y ceñido a las mas estrictas normas de lealtad y corrección, el tribunal no proferirá condena en costas a cargo de ninguna de las partes. Ello implica que cada una de las partes asumirá los costos y gastos en que respectivamente incurrió.

G. Decisión

En mérito de las consideraciones que preceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias surgidas entre las sociedades Halliburton Energy Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. Petrocolombia S.A., integrantes del consorcio Tibú, de una parte, y de la otra, la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (hoy Ecopetrol S.A.) alrededor del contrato de producción incremental Tibú, de fecha veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1.998), protocolizado mediante Escritura

Pública número setecientos seis (706) del cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1.998), otorgada en la Notaría Cuarenta y cinco (45) del Círculo de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (hoy Ecopetrol S.A.) incumplió las obligaciones que asumió para y con las sociedades Halliburton Energy Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. Petrocolombia S.A., integrantes del consorcio Tibú, a que se refieren las cláusulas 1.1 parágrafo primero y 7.2 del contrato de producción incremental Tibú.
2. Declarar que la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (hoy Ecopetrol S.A.) incumplió la obligación que contrajo para y con las sociedades Halliburton Energy Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. Petrocolombia S.A., integrantes del consorcio Tibú, a que se refiere la cláusula 5 del anexo B del contrato de producción incremental Tibú.
3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (hoy Ecopetrol S.A.) a reconocer y pagar a favor de las sociedades Halliburton Energy Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. Petrocolombia S.A., integrantes del consorcio Tibú, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del presente laudo y a título de indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de producción incremental Tibú, la suma única y total de un millón cincuenta y ocho mil trescientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.058.336), en pesos colombianos según la tasa representativa del mercado vigente para el día del pago.
4. Declarar probadas y, por tanto prósperas, las siguientes excepciones: (a) la de fuerza normativa del contrato de producción incremental Tibú e imposibilidad de calcular la existencia de producción incremental apartándose de la metodología pactada al respecto en el referido contrato; (b) aquella conforme a la cual en desarrollo y ejecución del mencionado contrato no se generó producción incremental, en los términos pactados expresamente en el referido contrato, y (c) la consistente en que, por su calidad de esencialmente aleatorio, al referido contrato no le son aplicables la teoría de la imprevisión ni la del mantenimiento del equilibrio contractual, todo ello de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este laudo.
5. Denegar las restantes súplicas, tanto principales como subsidiarias, de la demanda promovida por las sociedades Halliburton Energy Development Ltd. y Gas Petróleo y Derivados de Colombia S.A. Petrocolombia S.A., integrantes del consorcio Tibú, en contra de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (hoy Ecopetrol S.A.).
6. Declarar no probadas las demás excepciones de mérito propuestas por la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol (hoy Ecopetrol S.A.) en el escrito de contestación a la demanda arbitral.
7. Sin costas para ninguna de las partes, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente laudo.
8. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo, con destino a cada una de las partes, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación por conducto de su representante en el proceso, señor Procurador Judicial Primero ante lo contencioso administrativo, y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.
9. Disponer que el presidente del tribunal proceda a protocolizar en una de las notarías del círculo de Bogotá, D.C. el proceso arbitral, una vez cobre ejecutoria el presente laudo.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente—Margarita Ricaurte de Bejarano—Aurelio Martínez Canabal.

Felipe Piquero Villegas, Secretario.
