



Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

“ LAUDOS ARBITRALES:

**ANALISIS DE LAS DECISIONES ARBITRALES EN CONTROVERSIAS
DERIVADAS DE CONTRATOS ESTATALES”**

Angie Catalina Peñaranda Rey

Bogotá D.C., Junio de 2016.

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de Contenido

Carta a la Biblioteca General Alfonso Borrero Cabal, S.J	1
ANEXO 2 – Carta de Autorización de los Autores (Licencia de Uso)	2
ANEXO 3 – Descripción del Trabajo de Grado	4
NOTA DE ADVERTENCIA	6
“ LAUDOS ARBITRALES:	7
ANÁLISIS DE LAS DECISIONES ARBITRALES EN CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS ESTATALES”	7
Tabla de Contenido	8
LAUDO DISTRITO DE BARRANQUILLA VS. TRIPLE A	9
LAUDO ECOOPSOS VS. FONDO DISTRITAL – SECRETARIA DISTRITAL DE BOGOTÁ	27
LAUDO ECOPETROL VS. HUPECOL – CEPCOLSA	42

LAUDO DISTRITO DE BARRANQUILLA VS. TRIPLE A

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	Cámara de Comercio de Barranquilla
Convocante	Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	Entidad Territorial
Sector de Actividad Económica	O8411
Convocado	Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P.
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	S.A. E.S.P.
Subsector del sector público	E3600
Ciudad y fecha del laudo	Barranquilla - 24/03/2010
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla
Árbitros	Orlando Abello Martinez - Aparicio
	Hernando Herrera Mercado
	Felipe Tovar de Andreis
Secretario (a)	Iván Villa Sierra
Se presentó demanda de reconvención	No
Cuantía de la demanda principal	No Aplica
Cuantía de la demanda de reconvención	No Aplica
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	<ol style="list-style-type: none"> 1. El 18 de febrero de 2002 se celebró el Contrato entre BARRANQUILLA DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO y la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P., TRIPLE A. 2. En la Cláusula Primera del contrato se pactó que el objeto del contrato es <i>“el acuerdo de las condiciones necesarias para asegurar la transferencia de los recursos destinados a cubrir los subsidios que en los porcentajes de los consumos básicos y cargos fijos indicados en los planes tarifarios y tarifas de TRIPLE A DE B/Q S.A. E.S.P., concede EL DISTRITO a los suscriptores y/o usuarios de menores ingresos de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, según</i>

la metodología tarifaria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.”

3. Así mismo, se pacta en el contrato también el manejo que se le darán a los recursos transferidos en cumplimiento del objeto del contrato.
4. El 28 de noviembre de 2006 las partes celebran el Otrosí N° 1, documento en virtud del cual se realizaron diferentes modificaciones al Contrato:
 - A través de la cláusula primera que establece las obligaciones del distrito, se modifica el numeral 1 de la cláusula segunda del contrato principal.
 - A través de la cláusula segunda que establece los recursos destinados por el distrito al cumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante el contrato, se modifican los literales A y D, se eliminan los literales B, C, y E, y se introducen nuevos literales en la cláusula carta del contrato.
 - A través de la cláusula sexta que establece la instrucción irrevocable del pago al encargo fiduciario.

Las cláusulas anteriores son objeto de discusión en el caso concreto.

5. El 9 de octubre de 2007 las partes celebran el Otrosí N° 2, el cual se designa para el desarrollo expreso de la cláusula segunda del Otrosí N° 1.
6. El 13 de noviembre de 2008, BARRANQUILLA DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO, por conducto de apoderado especial constituido para el efecto, solicita al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla la convocatoria de un tribunal de arbitramento para que resuelva las controversias surgidas con la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., TRIPLE A, derivadas del Otrosí N° 1 de 28 de noviembre de 2006 y del Otrosí N° 2 de 9 de octubre de 2007 al Contrato celebrado el 18 de febrero de 2002, con base en la cláusula décima tercera del mencionado Contrato.

	<p>7. El DISTRITO convoca al Tribunal de Arbitramento por considerar que las cláusulas contenidas en los Otrosíes 1 y 2 violan el régimen de autorizaciones por cuanto ninguna de dichas cláusulas contó con la autorización del Concejo Distrital de Barranquilla, la cual era indispensable para destinar y/o comprometer recursos diferentes de los expresamente definidos en el artículo duodécimo del Acuerdo 013 de 2001 y para comprometer vigencias futuras y, por tanto, el Alcalde del Distrito que firmó tales documentos era absolutamente incapaz para celebrar el Otrosí N° 1, del cual se desprende el Otrosí N° 2. s</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Tiene competencia el Tribunal de Arbitramento para conocer de conflictos suscitados en contratos estatales? 2. ¿Hay nulidad por violación del régimen de autorizaciones al darle una aplicación de recursos diferentes a los destinados para el pago de subsidios si no fue previamente aprobado por el Concejo Distrital? 3. ¿Hay nulidad por violación del régimen presupuestal al crear obligaciones con efectos presupuestales distintos a los inicialmente convenidos? 4. ¿Hay nulidad por violación del régimen de subsidios? 5. ¿Hay nulidad del Otrosí N° 2 al declararse la nulidad del Otrosí N° 1? 6. ¿A partir de la declaración de nulidad de los Otrosíes 1 y 2 de manera consecuente se terminan las obligaciones derivadas de las cláusulas nulas? 7. ¿Hay nulidad por invalidez de la cláusula mediante la cual las partes acuerdan renunciar de manera anticipada a todo derecho a ejercer sus acciones judiciales, extrajudiciales o arbitrales?
<p>Problema(s) jurídico(s) principal(s)</p>	

Ratio decidendi

1. ¿Tiene competencia el Tribunal de Arbitramento para conocer de conflictos suscitados en contratos estatales?

La Constitución Política en su artículo 116 establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

En lo que hace a la contratación estatal, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece:

“ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.”

Entonces, la Ley 80 de 1993 –al regular el contenido del contrato estatal-, defirió en el precitado artículo 40 a lo previsto por las normas civiles y comerciales, a tiempo que previó que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que se requieran. Por consiguiente, dicho estatuto introdujo un marco de libertad, cuando no otorgó un papel más activo e igualitario al contratista, por considerarse que éste es un colaborador de la administración llamado a coadyuvar en la materialización de los fines del Estado. Es pues en este sentido en que el artículo transcrito dispone que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con el derecho común y con las normas del estatuto correspondan a su esencia y naturaleza, facultando expresamente a las entidades

para celebrar los contratos y acuerdos que permita la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales. Esta previsión legal pues entraña el reconocimiento positivo como ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional de la prevalencia de la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos por las entidades estatales como principio nuclear de las relaciones negociales del Estado.

2. ¿Hay nulidad por violación del régimen de autorizaciones al darle una aplicación de recursos diferentes a los destinados para el pago de subsidios si no fue previamente aprobado por el Concejo Distrital?

La convocante en su escrito afirma que el Acuerdo 013 de 2001, señala que la aplicación de recursos a los que allí se destinaron para el pago de los subsidios, requiere de la aprobación previa del Concejo Distrital. Igualmente, sostiene que la normatividad constitucional y legal aplicable establece claramente la competencia exclusiva del Concejo distrital para asignar tales recursos y, por ende, para modificarlos en cualquier forma.

... En desarrollo de lo prescrito en el artículo 6 de la Carta Política, ningún agente público puede ejercer su actividad sino dentro del marco de la competencia jurídica que se le ha atribuido y, por tanto, la administración pública, a diferencia de los particulares, solo puede actuar si existe una norma que así se lo permita.

Para este Tribunal se entiende por competencia la forma como se delimita el poder dado aun funcionario o autoridad y por la cual debe ceñirse únicamente a lo que está expresamente permitido.

De igual manera, en concordancia con la jurisprudencia y la doctrina, el Tribunal considera que el Estado social de derecho esta sujeto al régimen de la supremacía de la ley, y por ende, la actividad de la administración debe estar permanente subordinada a las normas superiores. La posibilidad de contratos estatales como el celebrado el 18 de febrero de 2002 entre el Distrito de Barranquilla y la Triple A así como sus modificaciones efectivamente se encuentra reconocida en las normas previstas en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 142 de 1994; pero ellas no implican

de suyo una autorización abierta, absoluta e ilimitada, ni pueden ser interpretadas o aplicadas de manera descontextualizada o mucho menos a espaldas respecto del restante ordenamiento constitucional, legal y distrital que gobierna la materia. De tal manera que la legalidad es la que le atribuye potestades a la administración, otorgándole facultades de actuación, definiendo sus límites, confiriéndole concretos poderes jurídicos y por ende la competencia, que debe ser ejercida conforme a todo el ordenamiento jurídico, incluidas las normas administrativas de carácter distrital expedidas por los Concejos municipales, donde se concretan en cada caso el alcance de las potestades atribuidas a sus respectivos alcaldes.

Para el Tribunal es evidente que el Otrosí N° 1, en cuanto a las cláusulas primera, segunda y sexta, constituye un acuerdo que requería la previa y expresa autorización del Concejo Distrital por cuanto contiene obligaciones distintas de las inicialmente previstas y autorizadas en el Acuerdo 013 de 2001 y referidas a temas que son competencia del Concejo. Por consiguiente, el Alcalde Distrital no contaba con la autorización previa necesaria que requería obtener para efecto de convenir las obligaciones que pactó en el otrosí N° 1 conforme lo prescriben el propio Acuerdo 013 de 2001 y el contrato del 28 de febrero de 2002 que modificó; al tiempo que los acuerdos distritales aprobatorios de los presupuestos anuales de renta y gastos, no son los instrumentos jurídicos suficientes para validar las cláusulas primera, segunda y sexta del Otrosí N° 1.

Para el Tribunal es de recibo el concepto de la Procuraduría 15 Delegada la cual afirma que deben prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto de conformidad con los artículos 313 y 315 constitucionales, la facultad de celebrar contratos no está asignada en forma directa al alcalde, sino que esta función corresponde a los concejos, que debe autorizar al alcalde. Dicha autorización debe ser previa a la celebración de los contratos y no posterior ni puede entenderse implícita cuando se aprueba el presupuesto que incluye partidas pactadas en acuerdos que precisaban, por disposición de normas superiores, dicha autorización. En tal sentido, lo pactado en el Otrosí N° 1 supone la aplicación de recursos adicionales y otras fuentes de financiación,

las cuales debían ser autorizadas por el Concejo Distrital, no solo porque así lo dispuso el Acuerdo 013 de 2001 y el contrato original, lo que no podía ser modificado mediante un otrosí, sino porque esta reforma al contrato no es facultad directa del alcalde, a voces de los precitados artículos 313 y 315 de la C.N. hay una extralimitación toda vez que la facultad de asignar recursos de manera prioritaria para el pago de subsidios no está otorgada en forma directa a los alcaldes por la Ley 142 de 1992, sino a los Concejos.

Por tanto, este Tribunal considera que está configurada la nulidad absoluta por falta de competencia del Alcalde para su celebración previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, tanto por violación de expresa prohibición de norma constitucional y legal como por abuso o desviación de poder así como por falta de competencia (capacidad para contratar), y en consecuencia, procederá según lo solicitado a declarar la nulidad absoluta de las cláusulas primera, segunda y sexta del Otrosí N° 1.

3. *¿Hay nulidad por violación del régimen presupuestal al crear obligaciones con efectos presupuestales distintos a los inicialmente convenidos?*

Del examen comparativo de los textos de las cláusulas cuya nulidad se solicita y de las previstas originalmente en el contrato del 18 de febrero de 2002, se puede concluir que el Otrosí N° 1 va más allá de ser una aclaración. Desde la perspectiva jurídica la aclaración de una obligación en ese sentido no puede implicar un cambio en el alcance ni en el contenido de la obligación. Sin embargo, del tenor literal de las cláusulas convenidas en el Otrosí N° 1 se desprende con claridad que la intención de las partes fue otra distinta a una simple aclaración de las obligaciones pactadas.

El Tribunal encuentra que el propósito de las partes al haber celebrado el Otrosí N° 1 del 28 de noviembre de 2006 fue incluir aspectos que no estaban previstos en el contrato original de 2002, como por

ejemplo el pago de una suma específica por parte del Distrito a que hace relación la cláusula primera y eliminar o adicionar obligaciones a cargo del Distrito según la cláusula segunda y sexta.

Evidente como es, cuál fue la real voluntad de los contratantes no cabe duda para el Tribunal, que en derecho el Otrosí N° 1, tenía como finalidad crear obligaciones con efectos presupuestales distintos a los inicialmente convenidos y, por consiguiente, en tanto y en cuanto dichos efectos fueron predicables de vigencias presupuestales ya expiradas al momento de la celebración del Otrosí, ello comporta el reconocimiento de hechos cumplidos, circunstancia que esta proscrita en el ordenamiento jurídico por el artículo 9 de la Ley 714 de 2001 que expresamente prohíbe los denominados hechos cumplidos así:

“Artículo 9°. Prohíbese tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos...”

Por los motivos expuestos el Tribunal considera que también tales compromisos estarían viciados de nulidad absoluta.

4. ¿Hay nulidad por violación del régimen de subsidios?

De lo que aparece probado, este Tribunal estima que no evidenció que el texto de las cláusulas primera, segunda y sexta contuvieran una clara violación al régimen legal de subsidios, razón por la cual el Tribunal desestimaré esa causal invocada por la Convocante toda vez que la ley permite, como una de las opciones, que los municipios acuerden asumir el pago del déficit que se puede generar entre subsidios y contribuciones. Los municipios tienen una obligación constitucional y legal de otorgar subsidios para el consumo de agua potable y saneamiento básico a los estratos subsidiables, en lo que concurre con la Convocada, pero el cumplimiento de esa obligación tiene límites, dentro de los cuales puede cumplir y satisfacer válidamente esa obligación. El Tribunal considera que en ausencia de un acuerdo expreso que cuente con las autorizaciones previas que exige la ley, sería contrario al régimen legal de subsidios interpretar

que solo con base en dicho régimen legal los municipios están autorizados a pagar todo el déficit de subsidios que se genere, cuando dicho monto no este cubierto por las apropiaciones presupuestales, exceda lo aprobado en el presupuesto de rentas y gastos o carezca de las autorizaciones respectivas.

5. ¿Hay nulidad del Otrosí N° 2 al declararse la nulidad del Otrosí N° 1?

La convocante solicita la declaratoria de nulidad absoluta de dicha cláusula, tras considerar que la entidad territorial, a través de su Alcalde, no podía comprometerse a variar las condiciones pactadas en inicial, pues el señalado burgomaestre no se encontraba facultado por el Concejo Distrital para el efecto.

Para el Tribunal revisados los fundamentos de hecho y de derecho aportados al proceso, es necesario concluir que la citada cláusula también esta viciada de nulidad.

El Tribunal hace alusión expresa al principio jurídico según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y no siendo la cláusula primera del Otrosí N° 2 cosa distinta del desarrollo expreso de la cláusula segunda del Otrosí N° 1, no puede menos que decretarse también su invalidez jurídica porque a ella se predicen, de conformidad con lo dicho, las consecuencias y consideraciones efectuadas por el Tribunal anteriormente respecto de lo principal.

6. ¿A partir de la declaración de nulidad de los Otrosíes 1 y 2 de manera consecuente se terminan las obligaciones derivadas de las cláusulas nulas?

Para el Tribunal, como lo declaró anteriormente la consecuencia de la nulidad que se decreta es hacer desaparecer tales cláusulas del mundo jurídico, como si nunca hubieran nacido. Ello significa que las cláusulas del contrato original, que el Otrosí N° 1 de 2006 y Otrosí N° 2 de 2007, pretendían modificar o adicionar y que serán anuladas por las causas invocadas por la parte actora y reconocida por el Tribunal, nunca fueron modificadas o adicionadas.

Por lo tanto, si se anulan las cláusulas solicitadas del acuerdo modificatorio del 2006 y 2007, las mismas cláusulas del contrato original del 18 de febrero de 2002 mantienen su vigencia, como si nunca hubieran sido modificadas, adicionadas o derogadas y, por tanto, continuaran teniendo los mismos efectos jurídicos que tuvieron desde su celebración el 18 de febrero de 2002.

El anterior alcance se funda en el principio de que los contratos, aun los estatales, son ley para las partes y las obligan mientras mantengan su vigencia, o no sean modificados o derogados y como lo expresó el Tribunal en este Laudo, el efecto de la nulidad absoluta que se decreta debe ser la regla general de las nulidades *ex tunc* y para el caso concreto no tiene aplicación particular las reglas previstas en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto en el proceso no se encuentra probada que se hayan ejecutado prestaciones o causado o efectuado pagos derivados de las cláusulas del Otrosí N° 1 cuya nulidad se declara.

El Tribunal reitera que como consecuencia de la nulidad que se decreta, el reconocimiento y pago de las obligaciones sobre subsidios se debe fundar única y exclusivamente en las autorizaciones otorgadas mediante el Acuerdo 013 de 2001 y las cláusulas del contrato original del 18 de febrero de 2002, salvo que las partes lo modifiquen, posteriormente con la previa y expresa aprobación del Concejo Distrital como corresponde.

Con el alcance previsto en este Laudo y como consecuencia de la declaración de nulidad que se decretara, el Tribunal declarará en la parte resolutive del presente Laudo que el Distrito no está obligado a cumplir ninguna obligación que exceda los términos del Contrato de 18 de febrero de 2002, tal como fue autorizado con el Concejo Distrital mediante Acuerdo 013 de 2001, y entre ellas, las obligaciones derivadas de las cláusulas cuya nulidad se declare.

7. ¿Hay nulidad por invalidez de la cláusula mediante la cual las partes acuerdan renunciar de

manera anticipada a todo derecho a ejercer sus acciones judiciales, extrajudiciales o arbitrales?

Indica la Convocante que la cláusula bajo examen resulta contraria a las normas del orden público, pues comporta la renuncia absoluta y anticipada a las acciones judiciales tendientes a revisar lo pactado en el Otrosí N° 1 al Contrato de 18 de febrero de 2002, en contravía del último inciso del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y de la prohibición de allanamiento y confesión del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la validez de la cláusula bajo examen, el Tribunal encuentra, que existen fundamentos de hecho y de derecho para declarar su nulidad.

Por una parte, se trata de una cláusula en la cual el Distrito renunció de manera anticipada a todo derecho a ejercer sus acciones para la defensa de sus intereses en clara violación de principios superiores. Se trata de una renuncia absoluta a toda jurisdicción, es decir, que su finalidad es desconocer expresas normas de procedimientos que tienen carácter obligatorio por ser de orden público como bien lo anota la Procuradora, al afirmar que es claro que la cláusula en examen resultaría ineficaz, por cuanto las normas de orden público no permiten siquiera que las entidades públicas se allanen a la demanda (Art. 94 CPC), mucho menos que renuncien a ejercer su defensa (arts. 1502 a 1504 del CC).

Por otra parte, la cláusula décima en mención es también violatoria de los límites a la autonomía de la voluntad individual como lo ha explicado el Tribunal. El artículo 6 del código Civil, proscribiera la derogatoria de normas de orden público por convenios particulares. Por tanto, la medida que dicha cláusula décima tiene como propósito y por efecto renunciar a derechos constitucionalmente irrenunciables, como son la facultad de acudir a la jurisdicción para exigir la protección de los derechos y reclamar ante los jueces competentes el amparo jurisdiccional, potestades que no son facultativas y mucho menos tratándose de entidades públicas como la Convocante, la obvia consecuencia es que está ante una nulidad absoluta por objeto y causa ilícita.

Tema principal	Competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de conflictos suscitados en contratos estatales
Tema Accesorio 1	Nulidad de los Otrosíes 1y 2
Tema Accesorio 2	Evaluación de las pretensiones
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Prestación de Servicios
Subclasificación	Transferencia de los recursos destinados a cubrir los subsidios que concede el Distrito a los suscriptores y/0 usuarios de menores ingresos.
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público A Favor.	<p>La Procuraduría 15 Delegada afirma que deben prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto de conformidad con los artículos 313 y 315 constitucionales, la facultad de celebrar contratos no está asignada en forma directa al alcalde, sino que esta función corresponde a los concejos, que debe autorizar al alcalde. Dicha autorización debe ser previa a la celebración de los contratos y no posterior ni puede entenderse implícita cuando se aprueba el presupuesto que incluye partidas pactadas en acuerdos que precisaban, por disposición de normas superiores, dicha autorización. En tal sentido, lo pactado en el Otrosí N° 1 supone la aplicación de recursos adicionales y otras fuentes de financiación, las cuales debían ser autorizadas por el Concejo Distrital, no solo porque así lo dispuso el Acuerdo 013 de 2001 y el contrato original, lo que no podía ser modificado mediante un otrosí, sino porque esta reforma al contrato no es facultad directa del alcalde, a voces de los precitados artículos 313 y 315 de la C.N. hay una extralimitación toda vez que la facultad de asignar recursos de manera prioritaria para le pago de subsidios no esta otorgada en forma directa a los alcaldes por la Ley 142 de 1992, sino a los Concejos.</p> <p>Para la Procuraduría lo pactado en el Otrosí No. 1 supone la aplicación de recursos adicionales y otras fuentes de financiación, las cuales debían ser autorizadas por el Concejo Distrital, no solo porque así lo dispuso el Acuerdo 013 de 2001 y el contrato original, lo que no podía ser modificado mediante un otrosí, sino porque esta reforma al contrato no es una facultad directa del alcalde, a voces de los precitados artículos 313 y 315 de la C.N. En el concepto la Procuraduría con la celebración del Otrosí No. 1 se extralimitó la aprobación previa del Concejo Municipal para</p>

	<p>modificar el contrato original, toda vez que la facultad de asignar recursos de manera prioritaria para el pago de subsidios no está otorgada en forma directa a los alcaldes por la Ley 142 de 1992, sino a los Concejos.</p> <p>Para el Ministerio Público en posición que comparte el Tribunal, si los recursos asignados en el Acuerdo 013 de 2001 y en el contrato resultaren insuficientes para cubrir el déficit entre subsidios y contribuciones, se debió solicitar la autorización previa al Concejo para aumentar los porcentajes de los recursos asignados y las otras fuentes de financiación. De lo que se colige, como lo menciona el concepto de la Procuradora, que era claro que el Alcalde de Barranquilla no tenía competencia para aumentar ni aplicar nuevas fuentes y porcentajes de los recursos asignados por el Acuerdo 013 de 2001 y el contrato original, porque tal facultad debía ser autorizada previamente por el Concejo Distrital, lo que hace estos acuerdos inanes ante la ley.</p> <p>La Procuraduría en su concepto precisó que como consecuencia de la nulidad, las partes deberán atenerse a los consignado en el artículo duodécimo del Acuerdo 013 de 2001 y a la cláusula cuarta del Contrato de 18 de febrero de 2002, para aplicar al déficit de los subsidios a cargo del Distrito y a favor de la Triple A, en los recursos, fuentes, montos, periodos y porcentajes allí consignados, y en caso de que estos resulten insuficientes, de acuerdo a las proyecciones presentadas por la Triple A para las vigencias pendientes, se deberá obtener la autorización del Concejo Distrital, el cual tiene la obligación legal de dar prioridad a la asignación de estos recursos, por disposición legal.</p>
<p>VI. FUENTES RELEVANTES</p>	
<p>Normativas</p>	<p>Constitución Política:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Art. 116 b) Art. 313 c) Art. 315 d) Art. 365 e) Art. 366 f) Art. 367 g) Art. 368

Código Civil:

- a) Art. 16 (Derogatoria normativa por convenio)
- b) Art. 1494 (Fuente de las obligaciones)
- c) Art. 1502 (Requisitos para obligarse)
- d) Art. 1602 (Los contratos son ley para las partes)
- e) Art. 1603 (Ejecución de buena fe)
- f) Art. 1746 (Efectos de la declaratoria de nulidad)

Código de Comercio:

- a) Art. 822 (Aplicación del derecho civil)
- b) Art. 864 (Definición de contrato)

Código de Procedimiento Civil

- a) Art. 217 (Testigos sospechosos)
- b) Art. 218 (Tachas)

Ley 80 de 1993: Estatuto General de la Contratación Administrativa

- a) Art. 32 (De los Contratos Estatales)
- b) Art. 40 (Del contenido del Contrato Estatal)
- c) Art. 44 (De las causales de nulidad absoluta)
- d) Art. 70 (De la Cláusula Compromisoria)

Ley 142 de 1992: Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios

- a) Art. 89 (Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos)
- b) Art. 99 (Forma de subsidiar)

Ley 136 de 1994: Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

- a) Art. 32 (Atribuciones de los Concejos Municipales)

Ley 714 de 2001: por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2002.

- a) Art. 9 (Prohíbese tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos)

	<p>cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos)</p> <p>Decreto 57 de 2006: Por el cual se establecen unas reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.</p>
<p>Jurisprudencia Judicial</p>	<p>Sentencia C-248 de 1999. Corte Constitucional.</p> <p><i>La afirmación del actor acerca de que el párrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas. Al respecto importa transcribir la siguiente afirmación, formulada por José Chillón Medina y José Merino Merchán, en su obra "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", publicada por la Editorial Civitas de Madrid, en 1978: "Dentro de los postulados de la teoría clásica, la cláusula compromisoria aparece ligada, en cuanto aparece como pacto accesorio, a la existencia y eficacia de la convención principal. De tal manera que la inexistencia del contrato principal genera la de la cláusula compromisoria. La razón se encuentra en el principio de la unidad fundamental del contrato. En cambio, el mayor desarrollo alcanzado en el derecho comparado por la institución arbitral ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia, de una parte, y el derecho positivo de las convenciones, por otra, hayan concluido aceptando la soberana autonomía de la cláusula compromisoria respecto a la ineficiencia del contrato." [6]</i></p> <p><i>La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos. (énfasis del Tribunal).</i></p> <p>Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejera Ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Bogotá D.C, 25 de febrero de 2009. Radicación Número: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797), Actor: SOCIEDAD TRACTO CASANARE LTDA. Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE:</p> <p><i>Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por</i></p>

	<p><i>la cual respecto de ellas no cable la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, consagra de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato. Del contenido del precepto legal se evidencia, que la ley 80 de 1993, al establecer el régimen de nulidades absolutas del contrato estatal tomó como propias aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, e igualmente estableció otras adicionales, privativas de la contratación estatal, lo cual impone acudir a las regulaciones de la ley civil a fin de consultar su contenido y finalidad y de esta manera apreciar en forma integral el régimen de causales de nulidad absoluta aplicable a los contratos del Estado.</i></p> <p>Sentencia C-738/01. Corte Constitucional:</p> <p><i>Si una de las funciones propias de los Concejos es la de autorizar para contratar, tal y como lo dispone el artículo 313-3 Superior, es claro que la facultad de reglamentar lo relacionado con tal autorización también forma parte de sus competencias constitucionales, por virtud del numeral 1 del mismo canon constitucional para señalar los caso en los cuales tal autorización es necesaria.</i></p>
<p>Jurisprudencia Arbitral</p>	<p>Auto No. 14 proferido por el Tribunal de Arbitramento que conoció las controversias contractuales de Teleconsorcio S.A contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM.</p> <p><i>Finalmente, debe observar el Tribunal que en reciente pronunciamiento del 14 de agosto de 2003, la sección Tercera del Consejo de Estado expresó que los Tribunales de Arbitramento son competentes para conocer de procesos de nulidad de contratos estatales.</i></p> <p><i>A tal efecto el Consejo de Estado expresó:</i></p> <p><i>“(...) si bien el Constituyente autorizó que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores o árbitros y que estos últimos puedan dictar fallos en derecho o equidad, también dejó en manos del legislador el establecimiento de límites al poder habilitante de las partes”.</i></p> <p><i>Desde este punto de vista y después de transcribir el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 que consagra la autonomía de la cláusula compromisoria, advierte el Consejo de Estado lo siguiente:</i></p> <p><i>La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los Tribunales de Arbitramento pueden conocer procesos en los cuales de debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas.</i></p> <p><i>Agregó finalmente el Consejo de Estado que la facultad de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez del contrato ha sido reconocida también en las normas internacionales como es el numeral 2 del artículo 21 del reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, al cual, agrega el Tribunal, hace</i></p>

	<i>expresa referencia el artículo 3º de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que fue aprobada por la ley 44 de 1986.</i>
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	322 días
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	180 días
Suspensiones solicitadas por las partes	44 días
Suspensiones por causa legales	0
VIII. DECISUM	
<p>Respuesta al problema planteado: PRETENSIONES</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas primera/segunda y sexta del Otrosí N° 1 al contrato de 18 de febrero de 2002 suscrito entre el DISTRITO y TRIPLE A. 2. Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula primera del otrosí n° 2 al contrato 18 de febrero de 2002, suscrito entre el DISTRITO y TRIPLE A. 3. Que consecuentemente se declare que EL DISTRITO no esta obligado a cumplir ninguna obligación que exceda los términos del contrato del 18 de febrero de 2002, tal y como fue autorizado por el Concejo Distrital mediante acuerdo 013 de 2001, y entre ellas, las obligaciones derivadas de las cláusulas cuya nulidad se declare. 	<p>DECISIÓN</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Prospera. 2. Prospera. 3. Prospera. 4. Prospera.

<p>4. Que se declare la invalidez jurídica y/o la ineficacia y/o la nulidad de la Cláusula Décima del Otrosí N° al contrato de fecha 18 de febrero de 2002, celebrado entre EL DISTRITO y TRIPLE A, cuyo texto reza:</p> <p><i>“Cláusula Décima. Desistimiento de Acciones judiciales: las partes convienen que a partir de la suscripción del presente otrosí renuncian a ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada mediante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005 e igualmente se obligan a desistir expresamente de las acciones que se encuentren actualmente en curso por esa misma causa.”</i></p> <p>5. Que se condene en costas y agencias en derecho a TRIPLE A.</p>	<p>5. No Prospera.</p>
<p>Decisión unánime Salvamento de voto Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal</p> <p>Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal</p> <p>Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención</p> <p>Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención</p>	<p>Sí No No</p> <p>Sí – Se niegan las condenas en costas y agencias.</p> <p>No aplica</p> <p>No aplica</p>
<p>EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvención</p>	<p>Ninguna excepción propuesta por la Convocada prospera.</p>
<p>Valor de la decisión</p>	<p>No Hay</p>
<p>Valor de las costas y agencias en derecho</p>	<p>No</p>

Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	No
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	No
Recurso de Revisión	No
Acción de Tutela	No
Conciliación total	No
Conciliación parcial	No

LAUDO ECOOPSOS VS. FONDO DISTRITAL – SECRETARIA DISTRITAL DE BOGOTÁ

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	Cámara de Comercio de Bogotá
Convocante	ENTIDAD COOPERATIVA DE SALUD (ECOOPSOS) ESS ARS
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	Entidad Cooperativa de Salud
Sector de Actividad Económica	Q8690
	FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ-
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	Establecimiento Público del Orden Distrital
Subsector del sector público	K6430 Q8690
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C. – 30/11/2009
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	Hernando Herrera Mercado
	Antonio Pabón Santander
	Gustavo A. Osorio García
Secretario (a)	Leonardo Beltrán Rico
Se presentó demanda de reconvencción	No

Cuantía de la demanda principal	DOS MIL CIENTO UN MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS. (\$2.101'659.474.24)
Cuantía de la demanda de reconvención	No Aplica
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	<ol style="list-style-type: none"> 1. ECOOPSOS ESS ARS suscribió con la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ, el día 1 de abril de 2004, el Contrato No. 022 de 2004 para la Administración de Recursos del Régimen Subsidiado en Salud, cuyo objeto fue el aseguramiento de los beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud al régimen subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hubiesen seleccionado a la ARS, de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sus Decretos reglamentarios, Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social y demás normatividad que lo adiciona o modifica. 2. ECOOPSOS ESS ARS ejecutó debidamente sus obligaciones contractuales y en consecuencia prestó los servicios consagrados en el Plan Obligatorio de Salud de este régimen, a los afiliados que fueron asignados de conformidad con el listado o base de datos entregada por la entidad territorial, al momento de la suscripción del contrato respectivo y periódicamente de acuerdo a las novedades reportadas por el contratante o el contratista. 3. Que ECOOPSOS ESS ARS debió recibir una unidad de pago por capitación (UPC) por cada afiliado reportado en la base de datos y debidamente carnetizado, según lo establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; hecho al que la Convocada opone como parcialmente cierto ya que la demandante no tuvo en cuenta las novedades que presenta la población durante la ejecución del contrato, las cuales son la base para los reconocimientos económicos que se deben realizar.

4. **ECOOPSOS ESS ARS** manifiesta que dentro de las obligaciones a cargo de las Entidades Territoriales se encuentra la de verificar las condiciones de los beneficiarios del Régimen Subsidiado durante la vigencia de los contratos de aseguramiento, mediante la realización entre otros de cruces de bases de datos de otras entidades como la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social; hecho al que la convocada se opone parcialmente y sostiene que la obligación del contratante es mantener una base de datos actualizada con los cruces que realiza el Ministerio de Protección Social cuando le son debidamente notificados por dicho organismo.
5. **ECOOPSOS ESS ARS** manifiesta que legal y contractualmente la responsabilidad del control de la base de datos es exclusiva del ente territorial y del Ministerio de la Protección Social; a lo que la Convocada responde como cierto.
6. La Secretaria Distrital de Salud de Bogotá ha adelantado algunos procesos eventuales de depuración y retiro de usuarios en el Régimen Subsidiado en la Ciudad de Bogotá, desde abril de 2004, como consecuencia de un cruce de las bases de datos de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá y el Registro Único de Usuarios (RUA) del Ministerio de la Protección Social.
7. **ECOOPSOS ESS ARS** manifiesta que la Secretaría de Salud de Bogotá pretende desconocer retroactivamente el pago de gran parte de la población atendida por la ARS, supuestamente por causa de la multifiliación, los fallecimientos, niveles del Sisben y la falta de registro de novedades, cuestiones éstas que a su juicio son solamente imputables al desorden administrativo de la mencionada entidad territorial; a lo que la Convocada responde que si observó el procedimiento establecido en la norma y no realizó suspensión de afiliados por multifiliación con el régimen contributivo.

III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS	
Problema(s) jurídico(s) principal(s)	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Tiene competencia el Tribunal de Arbitramento para conocer del conflicto cuando existe acto administrativo de liquidación unilateral del contrato? 2. ¿Procede la liquidación arbitral del contrato? 3. ¿Constituye la Unidad de Pago por Capitación un anticipo o un pago definitivo? 4. ¿En cabeza de quién recae la responsabilidad por la gestión y la actualización de la base de datos? 5. ¿Proceden los ajustes? 6. ¿Debe la Secretaría Distrital el pago de la prestación a la ARS? 7. ¿Procede el pago de intereses moratorios por parte de la Convocada a la Convocante?
Ratio decidendi	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Tiene competencia el Tribunal de Arbitramento para conocer del conflicto cuando existe acto administrativo de liquidación unilateral del contrato? <p>En primer lugar por cuanto no existe prueba en el expediente de que el acto administrativo de liquidación unilateral del convenio que da origen al proceso se encuentre en firme. Muy por el contrario, la apoderada de la parte convocada reconoce en su alegato de conclusión (folio 204 del cuaderno principal) que la EPSS interpuso recurso de reposición contra el acto de liquidación unilateral del contrato.</p> <p>Pero por otro lado, se debe advertir que en los procesos arbitrales la definición de la competencia se decide en una providencia especial, proferida en virtud de lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del artículo 147 del decreto 1818 de 1998 (artículo 124 de la ley 446 de 1998), en la cual se analiza el alcance del pacto arbitral, la capacidad de las partes y la naturaleza de la controversia sometida a su decisión.</p> <p>En este proceso, tal como dan cuenta los antecedentes, se profirió esa decisión el 28 de abril de 2009, en la cual el Tribunal se declaró competente. Respecto de esa providencia ni las partes ni la agencia del Ministerio Público</p>

presentaron objeción o recurso alguno encontrándose, por lo tanto, en firme.

El Consejo de Estado señaló en sentencia del 4 de julio de 2002, la cual fue reiterada en providencia del 11 de marzo de 2004 (Radicación número: 110010326000200300022 01) lo siguiente:

“Por consiguiente, frente al criterio jurisprudencial de la Sala, según el cual, no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos, en aplicación de ese marco conceptual a la esfera contractual de la administración pública, es necesario hacer la siguiente precisión: no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicen respecto de las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento...”.(se subraya)

Así, para el Consejo de Estado las manifestaciones que haga la entidad contratante respecto de las pretensiones del contratista, aún cuando las mismas consten en el acta de liquidación, no constituyen en sentido técnico un acto administrativo. Precisamente es por esta razón que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han concluido que la existencia de un acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato no priva necesariamente de competencia al tribunal arbitral, pues este puede pronunciarse sobre los aspectos económicos de las reclamaciones del contratista.

2. ¿Procede la liquidación arbitral del contrato?

Para el Tribunal, la solicitud de liquidación judicial del contrato antes de que el acto administrativo encaminado a tal fin haya adquirido firmeza, es perfectamente procedente y priva a la administración de ejercer esa facultad, incluso cuando haya comenzado a ejecutarla como ocurrió en este caso, pues el ejercicio de acción ante el juez del contrato hace que la controversia salga de la esfera de las partes y trascienda a la competencia de ese tercero que por ley, o por delegación, es llamado a resolver las diferencias.

Por ello, y con fundamento en las anteriores consideraciones, no se accederá a la solicitud de declaratoria de falta de competencia propuesta por el Ministerio Público, y procederá el Tribunal al estudio del fondo de la controversia.

3. ¿Constituye la Unidad de Pago por Capitación un anticipo o un pago definitivo?

Ante la queja por parte de la ARS, por el incumplimiento en el pago por parte de la Secretaría Distrital de Salud, ésta última argumenta que lo que establece la normatividad para el giro de los recursos producto de los contratos del Régimen Subsidiado es un mecanismo de giro anticipado de recursos, pero no puede pregonarse que ello sea un pago definitivo por cuanto los valores deben ajustarse conforme y teniendo en cuenta las diferentes novedades que se presenten en la ejecución del contrato, y afirma que así lo disponen todas las normas legales que regulan el tema y que la ARS ha hecho una interpretación errónea de dichas normas.

En concepto de este Tribunal la forma de pago estipulada no obedeció a la noción de “anticipo” en los términos expuestos, pues no se trató de un desembolso que se hiciera al inicio de los contratos como una forma de financiación al contratista, sino de una forma de pago ajustable por la necesidad de actualizarla permanentemente, debido a la vocación mutante de las bases de datos. Este ajuste podía hacerse en una doble vía, para aumentar afiliados o para eliminar afiliaciones. Los desembolsos bimestrales constituyeron, pues, un real pago y los ajustes que se hicieron no cambian su vocación para calificarlos como simples anticipos. Es el momento de la liquidación de los contratos, en el cual se harán los cruces definitivos para determinar los saldos a favor o en contra del CONTRATISTA.

Así las cosas, no comparte el Tribunal la tesis de la Convocada cuando pretende justificar los descuentos, por considerar que los pagos efectuados eran anticipos y no pagos definitivos.

4. ¿En cabeza de quién recae la responsabilidad por la gestión y la actualización de la base de datos?

La organización, mantenimiento y actualización de las bases de datos de afiliados en el Sistema de Seguridad Social en Salud ha sido definida en las normas legales y

reglamentarias como una función a cargo de las entidades estatales del orden nacional, que ejercen en concurrencia con las entidades territoriales y con la colaboración de las entidades públicas y privadas que participan de la administración de recursos del sistema. Así por ejemplo, el artículo 173 de la ley 100 de 1993 dispone que es función del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reglamentar *“...la recolección, transferencia y difusión de la información en el subsistema al que concurren obligatoriamente todos los integrantes del Sistema de Seguridad Social de Salud independientemente de su naturaleza jurídica sin perjuicio de las normas legales que regulan la reserva y exhibición de los libros de comercio. La inobservancia de este reglamento será sancionada hasta con la revocatoria de las autorizaciones de funcionamiento.”*

Por su parte, el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 (Ley Orgánica de Distribución de Recursos y Competencias) establece como parte de la competencia en salud por parte de la Nación, la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional y definir, diseñar, reglamentar, implantar y administrar el Sistema Integral de Información en Salud, con la participación de las entidades territoriales.

A este respecto, contiene el Decreto Ley 1282/02 dos importantes previsiones. La primera de ellas hace referencia al Sistema Integral del Información del Sector Salud, y dispone que la totalidad de las entidades administradoras de recursos del sector salud hace parte de dicho sistema de información para el control de afiliación, y responderán por su reporte oportuno, confiable y efectivo:

Surge del contraste de los hechos afirmados y aceptados que para ambas partes es claro que la responsabilidad por la gestión de la base de datos estaba en cabeza de la entidad convocada, en forma compartida con el Ministerio de la Protección Social.

5. ¿Proceden los ajustes?

Según lo visto en varias cláusulas de los contratos en estudio, se prevén expresamente los ajustes por novedades, y ello es lógico ya que durante su ejecución se presentan ajustes. Ellos pueden provenir de la información producto de los cruces de bases de datos de la entidad territorial con otros actores del Sistema, o

de las mismas novedades reportadas periódicamente por la ARS.

Se destaca de lo anterior, que los ajustes obedecen a unos precisos eventos regulados en el contrato y adicionalmente que ellos proceden únicamente en el periodo inmediatamente siguiente.

6. ¿Debe la Secretaría Distrital el pago de la prestación a la ARS?

Se puede concluir que como la población fue afiliada con fundamento en la base de datos suministrada para tal efecto por parte de la Secretaría, tal y como ella misma lo reconoce¹, y siendo que la ARS tomó como información dicha base, según la Convocante lo afirmó en sus hechos sin que la demandada lo contradijera², cumpliendo al respecto sus obligaciones de aseguramiento, como no se desvirtuó, si sobre dichos usuarios se presentaron circunstancias impeditivas de su sostenibilidad en el Régimen Subsidiado presentes al inicio contractual, la única responsable de estas circunstancias es la misma Convocada, por lo que resultaba consecuencial el correspondiente pago de la prestación.

7. ¿Procede el pago de intereses moratorios por parte de la Convocada a la Convocante?

En la medida en que el contrato no prevé ninguna condición especial que deba verificarse para el pago de interés moratorio, habrá de estarse a las reglas propias del derecho de los contratos y los hechos acreditados en el proceso.

En cuanto a las reglas del derecho de los contratos es menester mencionar que de conformidad con las disposiciones aplicables del Código Civil colombiano el deudor se encuentra en mora por el simple incumplimiento de la obligación dentro del término estipulado, cuando se trata de obligaciones que no requieren reconvencción (art. 1608) y

¹ Cuaderno Principal No. 1, folio 65: "ES cierto una de las obligaciones de la Contratante es la entrega de la base de datos de afiliados del Régimen de Subsidiado depurada y actualizada...".

² Cuaderno Principal No. 1, folio 4: "... los afiliados fueron asignados de conformidad con el listado o base de datos entregada por la entidad territorial al momento de la suscripción del contrato...".

	<p>que sólo la fuerza mayor y el caso fortuito se consideran circunstancias eximentes de responsabilidad en esta materia (art. 1617).</p> <p>Por otra parte, ha sostenido la Sala de Casación Civil³ que la mora consiste en el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, una vez se ha surtido la reconvencción, para aquellas obligaciones que no son de plazo cierto. Pero también ha indicado la Corte que una condición de la exigibilidad de las obligaciones es que exista certeza sobre su monto, lo que equivale a decir, que se trate de una suma líquida y que esta se encuentre en firme:</p> <p><i>1.3.2.- En ese orden de ideas, resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que "la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida" (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)." (Subrayas fuera del original).</i></p> <p>En este orden de ideas, cuando la suma adeudada carece de liquidez o de certeza, no puede predicarse mora del retardo del deudor.</p> <p>De acuerdo con la exposición previa, considera el Tribunal que por tratarse de una obligación que carecía de las cualidades de liquidez y certidumbre, no se encontraba en mora la Secretaría Distrital de Salud, pues a ella no le era exigible mientras no existiese delimitación precisa de su extensión.</p> <p>Y en este punto es tan clara esa indeterminación que precisamente este proceso tiene por objeto la liquidación del contrato, encaminada a establecer las sumas que se adeudan las partes.</p> <p>Por lo anterior el Tribunal no accederá a la pretensión relativa a la condena por intereses moratorios.</p>
Tema principal	Competencia el Tribunal de Arbitramento para conocer del conflicto cuando existe acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.
Tema Accesorio 1	Liquidación arbitral del contrato
Tema Accesorio 2	Evaluación de las pretensiones

³ Magistrado Ponente: Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA. julio diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995) Referencia: Expediente No.4540.

IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Prestación de servicios
Subclasificación	Prestación de servicios de salud
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público En contra	<p>La Procuradora Séptima Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que aquel no es competente para resolver el presente litigio en atención a que el contrato fue liquidado unilateralmente por la administración y que por ende, su controversia, es competencia de los Jueces administrativos.</p> <p>En efecto la Procuraduría en su concepto señaló "<i>(...) que no le es dable al H. Tribunal entrar a analizar la legalidad del acto de liquidación unilateral, pues se trata de un acto administrativo debidamente motivado que el interesado debe controvertir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo</i>".</p>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<p>Código de lo Contencioso Administrativo</p> <p>a) Art. 62 (Firmeza de los actos administrativos).</p> <p>Código Civil</p> <p>a) Art. 1546 (Condición resolutoria tácita)</p> <p>b) Art. 1602 (Los contratos son ley para las partes)</p> <p>c) Art. 1608 (Mora del deudor)</p> <p>d) Art. 1617 (Indemnización por mora en obligaciones de dinero)</p> <p>e) Art. 1626 (Definición de pago)</p> <p>f) Art. 1627 (Pago ceñido a la obligación)</p> <p>Ley 80 de 1993: Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública</p> <p>a) Art. 40 (Del contenido del Contrato Estatal)</p> <p>b) Art. 60 (Liquidación del contrato: de su ocurrencia y contenido)</p> <p>c) Art. 61 (De la Liquidación Unilateral)</p> <p>Ley 100 de 1993: Sistema de Seguridad Social y otras disposiciones</p> <p>a) Art. 173 (De las funciones del Ministerio de Salud)</p> <p>b) Art. 182 (De los ingresos de las entidades promotoras de salud)</p>

	<p>c) Art. 213 (Beneficiarios del régimen) d) Art. 214 (Recursos para aseguramiento) e) Art. 216 (Reglas básicas para la administración del régimen de subsidios en salud)</p> <p>Decreto 1818 de 1998: Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos</p> <p>a) Art. 147 (Trámite arbitral: primera audiencia de trámite)</p> <p>Ley 715 de 2001: Organización en la prestación de los servicios de salud y educación</p> <p>a) Art. 42 (Competencias en salud por parte de la Nación)</p> <p>Decreto Ley 1281 de 2002 Utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud</p> <p>A) Art. 4 (Intereses moratorios) B) Art. 5 (Sistema integral de información del Sector Salud) C) Art. 6 (Cruces de bases de datos)</p> <p>Decreto 50 de 2003: Medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud</p> <p>a) Art. 22 (Información de afiliados al Régimen Subsidiado) b) Art. 31 (Oportunidad del giro) c) Art. 32 (Intereses moratorios)</p> <p>Resolución 890 de 2002 del Ministerio de Salud</p> <p>a) Art. 3 b) Art. 5</p>
<p>Jurisprudencia Judicial</p>	<p>Sentencia SU-174 de 2007. Corte Constitucional.</p> <p><i>“3.1.4. En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. <u>Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las</u></i></p>

condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.” (se subraya)

Igualmente expresó:

“El hecho que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 haya versado sobre los desacuerdos económicos existentes entre las partes de este contrato y con ocasión del mismo, no sustrae de la competencia del tribunal de arbitramento la resolución de la controversia económica entre las partes....”

Sentencia de la Corte Constitucional No C1489 del 2 de Noviembre de 2000, Exp. 2872. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

“En tercer término, el establecimiento de planes únicos de salud, (el POS en el RC y el POS-S en el RS), financiados con las llamadas UPC en el RC (Unidades de Pago por Capitación) y las UPC-S en el RS, deberían evitar que la introducción de ciertos mecanismos de competencia, a nivel de la prestación de los servicios de salud, pueda traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de la salud. En efecto, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, la ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación -UPC- (UPC para el régimen contributivo y UPC-S para el Subsidiado), como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS para el Contributivo y POS-S para el subsidiado-) que ofrece el Sistema. Así, se entiende la UPC como el valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. En virtud de lo anterior, mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total o parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS.”

Sentencia C-828/01 en la cual la H. Corte Constitucional concluyó:

“La Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Esto significa, la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización.”.

Consejo de Estado. Sentencia del 11 de marzo de 2004. Radicación número: 11001032600020030002201.

“En otros términos, la determinación de liquidación unilateral del contrato, en cuanto decisión que profiere la Administración en uso de una potestad propia y exclusiva del Estado en ejercicio de función administrativa para poner término al contrato, no posible ni asimilable en las relaciones entre particulares, indiscutiblemente constituye acto administrativo. Pero, no puede predicarse que todos los hechos o declaraciones contenidos en el documento que desarrolla tal decisión, tengan ese mismo carácter.”

	<p>(...)</p> <p><i>“Por consiguiente, frente al criterio jurisprudencial de la Sala, según el cual, no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos, en aplicación de ese marco conceptual a la esfera contractual de la administración pública, es necesario hacer la siguiente precisión: <u>no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicen respecto de las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento...</u></i>”(se subraya)</p>
Jurisprudencia Arbitral	No Hay
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	690 días
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	210 días
Suspensiones solicitadas por las partes	275 días
Suspensiones por causa legales	0
VIII. DECISUM	
<p>Respuesta al problema planteado: PRETENSIONES</p> <p><i>“PRIMERA: Que se liquide el contrato de Administración de recursos del Régimen Subsidiado en Salud No. 022 de 2004, celebrado, suscrito y ejecutado entre la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS ESS ARS en calidad de CONTRATISTA y el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá en calidad de CONTRATANTE.”</i></p>	<p>DECISIÓN</p> <p><u>Primero:</u> Prospera.</p> <p><u>Segundo:</u> Prospera.</p>

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, se determine que el valor contratado fue de VEINTISÉIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MC/TE (\$26.968’271.881.00).

“TERCERA: Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, se determine que ECOOPOSOS ESS ARS ejecutó la suma de VEINTIUN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MC/TE CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$21.348’395.255.25).”

“CUARTA: Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, se determiné (sic) ECOOPSOS ESS ARS recibió como pago por parte de la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá únicamente la suma de DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON UN CENTAVO; (\$19.246’735.781.01).”

“QUINTA: Que como consecuencia de la liquidación del contrato No. 022 de 2004, el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de

Tercero: No Prospera.

Cuarto: No Prospera.

Quinto: Prospera parcialmente.

Sexto: No Prospera.

Séptimo: Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Octavo: Ordenar la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá.

Noveno: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

<p>Salud de Bogotá adeuda a ECOOPSOS ESS ARS la suma de DOS MIL CIENTO UN MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$2.101'659.474.24), por concepto de capital.”.</p> <p>“SEXTA: Que se determine que como consecuencia de los valores pagados tardíamente y aquellos que aún son adeudados por el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá a ECOOPSOS ESS ARS en virtud de la ejecución del contrato No. 022 de 2004, el Fondo Financiero Distrital de Salud – Secretaria Distrital de Salud de Bogotá adeuda a la entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS ESS ARS los intereses moratorios establecidos para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), desde el momento de la exigibilidad de pago hasta cuando fuere satisfecha la obligación o en su defecto la indexación de estos dineros.”</p>	
<p>Decisión unánime Salvamento de voto Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención</p>	<p>Sí No No- No prosperan las pretensiones tercera, cuarta y sexta. Si- Prosperan las pretensiones primera, segunda y quinta. No Aplica No Aplica</p>

EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvención	No se propusieron excepciones.
Valor de la decisión	No Hay
Valor de las costas y agencias en derecho	No
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	No
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	No
Recurso de Revisión	No
Acción de Tutela	No
Conciliación total	No
Conciliación parcial	No

LAUDO ECOJETROL VS. HUJETROL – CEPJOLSA

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	Cámara de Comercio de Bogotá
Convocante	ECOJETROL S.A
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	Entidad Descentralizada del Orden Nacional organizada como Sociedad de Economía Mixta
Sector de Actividad Económica	B0610
Convocado	HUJETROL CARACARA LLC y CEPJA COLOMBIA S.A
Nacionalidad del convocado	HUJETROL – Estados Unidos CEPJA COLOMBIA – España
Naturaleza del Convocado	Sociedades Comerciales
Subsector del sector público	B0610
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C. – 18/06/2009
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	Adelaida Ángel Zea

	Humberto de la Calle Lombana
	Juan Pablo Cárdenas Mejía
Secretario (a)	Roberto Aguilar Díaz
Se presentó demanda de reconvención	No
Cuantía de la demanda principal	No Tiene
Cuantía de la demanda de reconvención	No Aplica
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	<p>1. Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el “<i>Contrato de Asociación Caracara</i>” suscrito el 8 de febrero de 2001 entre ECOPETROL y HUPECOL, cuyo objeto es la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional que puedan encontrarse en el área contratada descrita en el Anexo A (folio 1 a 58 del cuaderno de pruebas No. 1).</p> <p>2. El día 8 de noviembre de 2006 ECOPETROL solicitó la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento y formuló demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá contra HUPECOL y CEPCOLSA.</p> <p>3. En la demanda se adujo como pacto arbitral el compromiso o “Pacto Compromisorio” suscrito el 14 de marzo de 2008 entre ECOPETROL y HUPECOL, como Otrosí al “<i>Contrato de Asociación Caracara</i>” del 8 de febrero de 2001, cuyo texto, en lo pertinente, señala:</p> <p style="text-align: center;"><i>ACUERDO: (...) CLAUSULA PRIMERA.- Sólo para los efectos de la presente controversia, la Cláusula 28.2 – Desacuerdos - del Contrato de Asociación Caracara, se adiciona y modificacan los siguientes párrafos:</i></p> <p style="text-align: center;"><i>PARÁGRAFO PRIMERO. Las Partes acuerdan someter, a un tribunal de arbitramento la resolución de las controversias surgidas con ocasión de la puesta en marcha de las Pruebas Extensas de Producción en desarrollo del Contrato de Asociación Caracara, donde ha surgido una diferencia entre las Partes del Contrato, respecto de la interpretación de los siguientes temas:</i></p> <p style="text-align: center;"><i>a) La distribución de la producción obtenida en las pruebas extensas para efectos de la recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración y, b) La inclusión o no de los costos de perforación, completamiento y pruebas de los pozos exploratorios secos y los costos anteriores a la perforación de tales pozos, dentro de los Costos Directos de Exploración a reembolsar (...)</i></p> <p>Como obra en los folios 84 y 85 del cuaderno de pruebas No. 3, el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos aprobó la modificación propuesta por</p>

ECOPETROL al contrato de asociación “Caracara”, en el sentido de autorizar la inclusión de un Tribunal de Arbitramento como mecanismo para la solución de los conflictos relacionados con este proceso.

4. Según documento radicado ante el Centro de Arbitraje el día 23 de junio de 2008, de común acuerdo las partes nombraron como árbitros a los suscritos Adelaida Ángel Zea, Humberto De La Calle Lombana y Juan Pablo Cárdenas Mejía, quienes aceptamos la designación.

5. La instalación del Tribunal se realizó el día 31 de febrero de 2008 y en esa oportunidad, mediante Auto No. 1, designó al Secretario, fijó el lugar de funcionamiento, admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada.

6. Por intermedio de sus apoderados judiciales, HUPECOL y CEPCOLSA fueron notificadas personalmente del auto admisorio de la demanda el mismo 31 de febrero de 2008.

7. Tanto HUPECOL como CEPCOLSA dieron oportuna contestación a la demanda mediante escritos radicados el día 15 de agosto de 2008, en los cuales se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y formularon excepciones perentorias.

8. Mediante Oficio No. 1 del 19 de agosto de 2008 el Tribunal informó sobre la instalación del Tribunal a la Procuraduría General de La Nación, la cual intervino por conducto del señor Procurador 50 Judicial Administrativo.

9. El día 15 de septiembre de 2008 tuvo lugar la audiencia de conciliación, la cual se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo. Por lo anterior, mediante Auto No.4 proferido en esa misma audiencia, el Tribunal señaló las sumas por concepto de gastos y honorarios del proceso pero, atendiendo la petición conjunta de las partes, el plazo para el efecto se suspendió entre el 29 de septiembre y el 10 de octubre de 2008, según Auto No. 5 del 29 de septiembre del mismo año. Dentro del plazo legal ECOPETROL, como parte convocante, y HUPECOL, en nombre de la parte convocada, efectuaron el pago o consignación de las correspondientes sumas.

10. Mediante escrito radicado el 23 de septiembre de 2008, ratificado con escrito del día 29 del mismo mes,

ECOPETROL reformó la demanda, en cuanto a las pretensiones se refiere, la cual fue admitida por Auto No. 7, proferido en audiencia que tuvo lugar el día 3 de octubre siguiente.

11. HUPECOL y CEPCOLSA dieron respuesta oportuna a la mencionada reforma de la demanda con escritos radicados el 3 y el 6 de octubre de 2008, respectivamente, en los cuales nuevamente se opusieron a las pretensiones, formularon excepciones de mérito y manifestaron que en esos documentos integraban las respuestas a la demanda inicial y a su reforma.

12. La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 14 de octubre de 2008 y en ella, mediante Auto No. 9, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias planteadas en la demanda. Igualmente, por Auto No. 10, decretó pruebas.

13. Entre el 20 de octubre de 2008 y el 5 de febrero de 2009 se recibieron las pruebas decretadas que no fueron objeto de desistimiento y que, en concreto, consistieron en documentales allegadas por las partes o incorporadas previa la remisión de oficios dirigidos al Ministerio de Minas y Energía y a Ecopetrol, varios testimonios, los interrogatorios a los representantes legales de las partes y las inspecciones judiciales con exhibición de documentos a HUPECOL y a ECOPETROL, que originaron la incorporación de otros documentos.

14. El día 31 de marzo de 2009 tuvo lugar la audiencia de alegaciones en la cual las partes convocante y convocada presentaron los argumentos para apoyar, aquella sus pretensiones, y ésta su oposición, y al final de sus intervenciones los apoderados de ECOPETROL, HUPECOL y CEPCOLSA presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado, los cuales se agregaron al expediente. Igualmente, desde el día 18 de marzo del mismo año el señor agente del Ministerio Público presentó su concepto de fondo, en el cual consideró que las pretensiones de la demanda debían prosperar.

15. El proceso se tramitó en veinte (20) audiencias, en las cuales se instaló el Tribunal de Arbitramento; se procuró la conciliación entre las partes; el Tribunal asumió competencia y decretó pruebas; se practicaron todas las pruebas que no fueron objeto de desistimiento; se

	<p>decidieron varias solicitudes de las partes; y se recibieron sus alegaciones finales, así como el concepto del Procurador 50 Judicial Administrativo.</p> <p>16. Corresponde ahora a este Tribunal, mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 14 de octubre de 2008, momento a partir del cual debe contarse el término de duración del proceso, establecido en seis (6) meses, el plazo para proferir el fallo vencía el 14 de abril de 2009. No obstante, a solicitud de las partes, el proceso se suspendió entre el 19 de diciembre de 2008 y el 12 de enero de 2009 (Acta No. 13); entre el 6 de febrero y el 17 de marzo de 2009 (Acta No. 16); entre el 19 y el 30 de marzo de 2009 (Acta No. 17); y entre el 1 de abril y el 1 de junio de 2009 (Acta No. 18); por un total de 139 días calendario. En estas condiciones, el término para proferir el laudo vence el día 31 de agosto de 2009 y, por ende, el pronunciamiento en este momento es claramente oportuno.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS</p>	
<p>Problema(s) jurídico(s) principal(s)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cuál es la correcta interpretación que se le debe dar a la Cláusula 3.5 del Anexo B acerca de la distribución de la producción obtenida en las pruebas extensas para efectos de la recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración? 2. ¿Cuál es la correcta interpretación que se le debe dar a la Cláusula 17.2.1 acerca de la inclusión o no de los costos de perforación, completamiento y pruebas de los pozos exploratorios secos y los costos anteriores a la perforación de tales pozos, dentro de los Costos Directos de Exploración a reembolsar?
<p>Ratio decidendi</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cuál es la correcta interpretación que se le debe dar a la Cláusula 3.5 del Anexo B acerca de la distribución de la producción obtenida en las pruebas extensas para efectos de la recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración?

La cláusula 3.5 del Anexo B establece que el 100% de la producción de petróleo obtenida en las Pruebas Extensas de Producción debe imputarse al reembolso del 30% de los Costos Directos de Exploración de cada pozo. HUPECOL sostiene que solamente el 30% de la producción de petróleo obtenida en tales Pruebas debe imputarse al reembolso del 30% del petróleo producido le pertenece a ECOPETROL, quien tiene la obligación de efectuar el reembolso y que el 70% restante pertenece a la Asociada (HUPECOL). Como consecuencia HUPECOL solo dedujo de los Costos Directos de Exploración los ingresos correspondientes al 30% de la producción, tomando para sí los ingresos correspondientes al restante 70% y no llevó a cabo la deducción de tales costos con el 100% de los ingresos producto del crudo extraído durante las Pruebas Extensas, reembolsándose unos mayores valores con un crudo que le pertenece a ECOPETROL.

En síntesis, el desacuerdo entre las partes, radica en que, para ECOPETROL, HUPECOL ya obtuvo el reembolso a que tiene derecho en la etapa pre-comercial, equivalente al 30% de los Costos Directos de Exploración y, por consiguiente, a partir de ese momento la producción proveniente de las pruebas extensas se ha debido distribuir entre las partes en la proporción del 30% para ECOPETROL y 70% para HUPECOL, por lo cual ésta (o CEPCOLSA por efecto de la cesión que adelante se indica) adeuda a ECOPETROL 145.343 barriles de crudo; al paso que, para HUPECOL, ésta obtuvo el reembolso al que tiene derecho, pero en una fecha muy posterior y, por consiguiente, ésta (o CEPCOLSA por efecto de la cesión) sólo le adeuda a ECOPETROL 16.051 barriles de crudo.

Considera procedente el Tribunal hacer referencia a los principios que deben ser aplicados en materia de interpretación de los contratos, para posteriormente analizar cada una de las pretensiones planteadas por la parte convocante:

Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, el principio fundamental que establece el artículo 1618 del Código Civil colombiano en materia de interpretación de contratos consiste en que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

En caso de discrepancia sobre el sentido de un contrato, la Corte advierte que al juez no debe limitarse al texto del contrato, sino examinar todos los elementos que permitan determinar la real intención de las partes, teniendo en consideración el resultado práctico buscado por ellas al celebrar el negocio jurídico. Sin embargo ello no implica que el juez pueda sustituir a las partes o alterar su intención. Desde esta perspectiva el texto del contrato es un elemento más en la interpretación del mismo, en la determinación de la voluntad de los contratantes, aunque de cardinal importancia, si se tiene en cuenta que la común intención de las partes de ordinario queda plasmada en las cláusulas del Contrato, pues es de suponer que los contratantes quisieron reflejar el negocio celebrado en las palabras que expresaron.

Adicionalmente, y aun cuando el Código Civil no hace referencia expresamente a ello, en la interpretación del contrato deberá tenerse cuenta la etapa previa a la celebración del mismo en la medida en que ella pueden revelar la intención común de las partes.

Por otra parte, y con un criterio más objetivo, el artículo 1621 del mismo Código dispone que cuando no exista voluntad en contrario deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Así mismo y teniendo en cuenta que el artículo 1501 del Código Civil distingue entre los elementos que son de la esencia, los que son de la naturaleza y los que son puramente accidentales en un contrato y a tal efecto dispone que *“son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”*, cuando se interpreta una cláusula contractual confusa en principio debe preferirse el sentido que corresponda a dichos elementos naturales del contrato.

A lo anterior vale la pena agregar que de conformidad con el artículo 1603 del Código Civil *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.

En un sentido análogo el artículo 871 del Código de Comercio dispone que *“[l]os contratos deberán celebrarse*

y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

De esta manera, en la interpretación y determinación de los efectos de los contratos debe tenerse en cuenta la buena fe y particularmente las consecuencias que de ella se derivan, en concordancia con la costumbre y la equidad natural.

El artículo 1624 del Código Civil dispone que no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Esta regla parte de la idea de que la situación normal de una persona es no estar obligada, y por ello debe acreditarse fehacientemente la existencia de la obligación, por lo cual a falta de prueba la interpretación debe inclinarse en el sentido de que no hay obligación.

Las Pretensiones Tercera y Cuarta de la Demanda

En primer lugar, encuentra el Tribunal que la pretensión tercera de la demanda de ECOPETROL lo que pretende es que se declare la forma como debe entenderse la Cláusula 3.5 del Anexo B del Contrato, acogiendo la interpretación que sobre la misma tiene. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que dicha pretensión tiene cabida procesal.

Para este efecto considera necesario examinar una serie de reglas que contempla el Contrato de Asociación suscrito entre ECOPETROL y HUPECOL.

En primer lugar, la cláusula 1ª del Contrato establece:

*1.4. ECOPETROL y LA ASOCIADA acuerdan que se llevarán a cabo Trabajos de Exploración y explotación en los términos de este contrato en los terrenos del Área Contratada, **que repartirán entre sí los costos** y riesgos de los mismos en proporción y términos previstos en este contrato y **que los Hidrocarburos producidos pertenecerán en las proporciones estipuladas en este contrato a cada Parte** (se subraya).*

Desde esta perspectiva, esta cláusula no define cuál es finalmente la repartición de los hidrocarburos entre las partes, pues la misma se refiere a las proporciones estipuladas en este Contrato, la que puede variar en cada caso, según lo que ellas dispongan.

Ahora bien, el Contrato prevé la siguiente fórmula de distribución de los hidrocarburos producidos durante la vigencia del mismo en la cláusula 14:

CLAUSULA 14 - DISTRIBUCION Y DISPONIBILIDAD DE LOS HIDROCARBUROS

*14.1 Los Hidrocarburos producidos, exceptuando los que hayan sido utilizados en beneficio de las operaciones de este contrato y los que inevitablemente se desperdicien en estas funciones, serán transportados a los tanques comunes de las Partes o a otras instalaciones de medición que las Partes acuerden. A falta de acuerdo, en el punto de medición más cercano al punto de fiscalización definido por el Ministerio de Minas y Energía. Los Hidrocarburos serán medidos conforme a las normas y métodos aceptados por la industria petrolera y, basándose en esta medición, se determinarán los porcentajes a que se refiere la Cláusula 13. **Desde ese momento, los Hidrocarburos restantes quedan de propiedad de cada Parte en las proporciones especificadas en este contrato.***

14.2 Distribución de Producción.

*14.2.1 Después de deducido el porcentaje correspondiente a las regalías, **el resto de los Hidrocarburos producidos provenientes de cada Campo Comercial es de propiedad de las Partes en la proporción de treinta por ciento (30%) para ECOPETROL y setenta por ciento (70%) para LA ASOCIADA hasta cuando la producción acumulada de cada Campo Comercial llegue a la cantidad de 60 millones de barriles de Hidrocarburos líquidos o a la cantidad de 900 gigapies cúbicos de Hidrocarburos gaseosos a condiciones estándar, lo primero que ocurra (1 gigapie cúbico= 1x10⁹ pies cúbicos). Para los Campos explotados bajo la Modalidad de Solo Riesgo, la distribución de la producción una vez deducido el porcentaje de regalías es de propiedad de las Partes en la proporción de ciento por ciento (100%) para LA ASOCIADA y cero por ciento (0%) para ECOPETROL, hasta cuando la producción fiscalizada acumulada del respectivo Campo alcance primero alguno de los límites de producción acumulada antes señalados (...).***

En relación con dicha estipulación se aprecia, en primer lugar, que la regla contenida en el numeral 14.1 que se refiere en general a los hidrocarburos producidos, no contempla ninguna regla específica de distribución, pues se refiere a las proporciones especificadas en este contrato. Por el contrario, la proporción de distribución de los hidrocarburos a que se refiere la cláusula 14.2.1 sólo opera cuando el Campo ha sido declarado Comercial. Por consiguiente dicha distribución no opera antes de que se produzca tal declaratoria.

Ahora bien, cuando el campo es declarado Comercial se aplica la cláusula 9.2.1 la cual establece:

ECOPETROL reembolsará a LA ASOCIADA el treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración efectuados por LA ASOCIADA por su cuenta y riesgo dentro del Área Contratada con anterioridad a la fecha de aceptación de comercialidad por

ECOPETROL de cada nuevo Campo comercial descubierto, conforme al numeral 9.1 de esta cláusula y que no hayan sido cargados anteriormente a otro Campo.

Desde esta perspectiva es claro que si un campo es declarado Campo Comercial, la Asociada tiene derecho a que se le reembolse el 30% de los costos directos de Exploración, lo que incluye las Pruebas Extensas de Producción. Obviamente si parte de tales costos son reembolsados con anterioridad a la declaratoria de comercialidad, respecto de los mismos no puede volver a haber reembolso.

En efecto, la Asociada toma el total del petróleo y deduce el mismo de los costos directos de exploración hasta completar el 30% de tales costos. Una vez que se ha pagado el 30% de tales costos, el petróleo restante se distribuye entre las partes, el 30% para ECOPETROL y el 70% para la Asociada.

Es claro que la aplicación de esta regla contractual durante la etapa de exploración puede determinar una distribución de Hidrocarburos distinta a la que se produciría en la etapa de Explotación. En efecto, en la etapa de Explotación el petróleo obtenido se distribuye un 30% para ECOPETROL y 70% para la Asociada y se destina a recuperar y reembolsar los Costos Directos de Explotación.

En la etapa de exploración la situación es distinta, pues el Contratista recibe inicialmente el 30% de la producción para reembolsar o recuperar los costos directos y la producción restante se distribuye un 70% para la Asociada y un 30% para ECOPETROL.

Considera el Tribunal que lo anterior en manera alguna es contradictorio con el conjunto del Contrato, porque tratándose de la etapa de exploración no hay lugar a aplicar las reglas previstas para la etapa de explotación. En efecto, la regla que establece que a la Asociada corresponde el 70% de los hidrocarburos y a ECOPETROL el 30% está prevista en el Contrato a partir del momento en que el campo es Comercial. Por consiguiente, con anterioridad a dicho período el Contrato podía disponer reglas distintas, como de hecho lo hizo.

Ahora bien, para mayor claridad considera procedente el Tribunal precisar qué sucede si el Campo es declarado Comercial. A partir de ese momento se aplican las reglas

del Contrato para tal efecto. Lo anterior implica que los Costos Directos que no hayan sido recuperados o reembolsados deberán serlo con los Hidrocarburos que se obtengan durante la etapa de explotación.

Es claro que si inicialmente se realizan pruebas extensas y posteriormente no se declara el Campo como Comercial, **ECOPETROL** no está obligado a reembolsar suma alguna, pero la Asociada si tiene derecho a recuperar sus Costos Directos y para tal efecto se tienen en cuenta los hidrocarburos que obtuvo inicialmente durante las pruebas extensas.

Finalmente, si el campo se declara comercial procederá el reembolso del 30% de los Costos Directos de Exploración para lo cual se tomarán en cuenta aquellos que ya habían sido reembolsados por virtud de la cláusula 3.5 del Anexo B del Contrato.

Como se puede apreciar, no existe ninguna incongruencia en que el Contrato haya previsto que los ingresos serán deducidos de los costos “para efectos de su recuperación o Reembolso”, pues el carácter que se atribuya finalmente a los recursos que reciba la Asociada por tal concepto, dependerá de lo que ocurra posteriormente con el Contrato.

De este modo, la interpretación del texto contractual corresponde a la que ha sostenido ECOPETROL.

2. ¿Cuál es la correcta interpretación que se le debe dar a la Cláusula 17.2.1 acerca de la inclusión o no de los costos de perforación, completamiento y pruebas de los pozos exploratorios secos y los costos anteriores a la perforación de tales pozos, dentro de los Costos Directos de Exploración a reembolsar?

ECOPETROL sostiene que sólo está contractualmente obligada a reembolsar los costos directos derivados del abandono de los llamados pozos secos, las convocadas pretenden que el reembolso cubra la totalidad de los costos directos generados en la exploración de los mismos.

En desarrollo de su acción, en la octava pretensión principal ECOPETROL solicita que se declare que en virtud de lo establecido en la Cláusula 17.2.1 del Anexo B del Contrato,

de los costos de los pozos de exploración que hayan resultado secos, sólo se deben considerar como Costos Directos de Exploración y por ende sólo se debe reembolsar, el costo de abandono de dichos pozos.

Con ocasión del alegato de conclusión (folios 43 a 48 del cuaderno principal No. 2) ECOPETROL sostiene que la cláusula 17.2.1 del citado Anexo B del contrato de asociación es especial y establece que en relación con los pozos secos sólo se debe reembolsar el costo de abandono. Señala que la definición genérica de Costos Directos de Exploración aparece en la cláusula 4.6, pero que cuando una cláusula distinga entre pozos secos y pozos productores habrá que permitir que dicha distinción produzca efectos, como ocurre con la identificada como 17.2.1 del Anexo B, cuya literalidad permite concluir que los Costos Directos de Exploración de pozos productores son los costos directos incurridos en la perforación, terminación y pruebas y que los Costos Directos de Exploración de pozos secos son únicamente los de abandono. Dice que ECOPETROL que si la intención hubiera sido incluir todos los costos de exploración de los pozos secos así se habría establecido.

Agrega que los campos otorgados en desarrollo de la Ronda 2000 contaban con mucha información técnica de manera que la posibilidad de que la asociada se tropezara con un pozo seco era menor y por ello difieren de los anteriores en donde se hace evidente que la intención sí era reembolsar la perforación de pozos de exploración que hubieran resultado secos.

Las convocadas, cada una a su modo, se opusieron a las declaraciones impetradas por ECOPETROL. Mientras CEPCOLSA hace un recuento de los antecedentes de las normas convencionales en materia de costo de los pozos secos, HUPECOL manifiesta su oposición, no sin antes haber señalado respecto de esta pretensión, que ella fue planteada de manera anti-técnica y que carece de materialidad.

Consideraciones del Tribunal:

El contrato define los pozos de exploración como aquellos que la Asociada designa para ser perforados o profundizados en busca de nuevos yacimientos o para comprobar la extensión de los mismos o la estratigrafía de

un área (Cláusula 4.32 del cuerpo principal del Contrato). Tales pozos de exploración son de dos categorías: pozos descubridores o pozos secos (Cláusula 6.4 del mencionado cuerpo principal). Dentro de la noción de pozos de exploración, pues, como una especie de ella, se definen los pozos descubridores como aquellos en que se descubren o comprueban la existencia de uno o varios yacimientos. Por el contrario, los pozos que no resultan descubridores en el transcurso de la exploración, son pozos secos.

Como quedó ya perfilado, la controversia se ciñe a establecer la correcta interpretación de aquellos apartes de la cláusula 17.2.1 del Anexo B que se refieren a los costos de los pozos secos. Dice así en lo pertinente:

... Dentro de los Costos Directos de Explotación de los Pozos de Explotación se incluirán todos los costos directos incurridos en la perforación, terminación y pruebas en el caso de los Pozos de Exploración que hayan resultado productores, y el costo de abandono de los Pozos de Exploración que hayan resultado secos...

A su vez, el segmento transcrito se relaciona con la Cláusula 4 del Contrato, numeral 4.6 que establece lo siguiente:

Costos Directos de Exploración: Son aquellas erogaciones monetarias en que incurre razonablemente LA ASOCIADA por la adquisición de sísmica y la perforación de Pozos de Exploración, así como por localizaciones, terminación, equipamiento y pruebas de tales pozos. Los Costos Directos de exploración no incluyen soporte administrativo ni técnico de la casa matriz, ni oficinas centrales de la Compañía.

Por otra parte, más adelante, la misma cláusula reza de la siguiente manera:

4.35. Reembolso; Es el pago del treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración en que ha incurrido LA ASOCIADA.

4.36. Trabajos de Exploración: Son aquellas operaciones que ejecute LA ASOCIADA referentes a la búsqueda y descubrimiento de Hidrocarburos dentro del área contratada.

A su vez, la cláusula 4.5 del Anexo B establece la siguiente obligación:

Respecto de los Pozos de Exploración que hayan resultado secos, la ASOCIADA deberá abandonarlos de conformidad con las disposiciones legales y ambientales vigentes.

Desplegados estos fundamentos, el Tribunal considera que la definición de los Costos Directos de Exploración (Cláusula 4.6 del cuerpo principal del Contrato) incluye, entre otras, las erogaciones monetarias que provengan de

	<p>la perforación de Pozos de exploración, sin distingo o exclusión de ninguna clase. Ya se vio como la definición de Pozos de Exploración contiene dos especies: pozos descubridores y pozos secos. Nótese, y esto es central para resolver esta cuestión, que aquellos pozos explorados para fijar la estratigrafía no son, por definición, pozos descubridores. Igual ocurre con los pozos destinados a fijar la extensión de un yacimiento si son explorados fuera del área del mismo. Y, aún así, no están excluidos para el reembolso general de los costos directos que hayan ocasionado. De esta manera, al interpretar la Cláusula 17.2.1 del Anexo B, en combinación la Cláusula 4.6, su correcto entendimiento implica que el propósito de la misma no es el de excluir costos directos de los pozos secos distintos a los de abandono sino, por el contrario, esclarecer que a la suma de costos directos que ocasionan los pozos de exploración se agrega, en el caso de los pozos secos, además de los inherentes a su exploración, los generados por el abandono de los mismos. Por lo tanto, los costos que se deriven de la exploración de pozos que, a la postre, no resulten descubridores sino secos, están incluidos en la noción de reembolso (Cláusula 4.6).</p> <p>En todo caso, a guisa de argumento secundario, si se alegara que el tratamiento de la Cláusula 17.2.1 del Anexo B a los costos de los pozos secos pretende excluir costos distintos a los de abandono de los mismos, habría que admitir que esta circunstancia sería generadora de una ambigüedad, en la medida en que la cláusula 4.6 del cuerpo principal del contrato no establece exclusiones. En tales condiciones, aplicando la regla de hermenéutica que contiene el contrato mismo en su cláusula 28.1, según la cual en caso de discrepancia entre los anexos y el cuerpo principal prima éste, se arribaría a la misma conclusión. Como consecuencia de ello, habrá de negarse esta pretensión.</p>
Tema principal	¿Cuál es la correcta interpretación que se le debe dar a las cláusulas del contrato?
Tema Accesorio 1	Evaluación de las pretensiones
Tema Accesorio 2	No Hay
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Contrato de Asociación

Subclasificación	Contrato de Asociación para la explotación de hidrocarburos de propiedad nacional
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público No es clara la posición	Respecto del Problema Jurídico número 1: En el escrito que obra a folios 377 a 380 del cuaderno principal No. 2 del expediente, el Señor Procurador 50 Judicial Administrativo hace énfasis en la propiedad del subsuelo. A partir de allí, concluye en lo que concierne a la interpretación de la cláusula 3.5 del anexo B del contrato de asociación Caracara: <i>En el presente caso, al tenor de lo que el contrato establece de manera diáfana, el ciento por ciento del crudo producido en pruebas extensas fue destinado por ECOPETROL al reembolso de los costos directos de exploración. El ciento por ciento del petróleo, luego de las deducciones por regalías y crudo consumido en las operaciones, lo entrega ECOPETROL a la asociada para que esta, con el producto de su venta se reembolse el treinta por ciento de los costos directos de exploración. (Folio 378 del cuaderno principal No. 2).</i> Respecto del Problema Jurídico número 2: En el escrito que obra a folios 377 a 380 del cuaderno principal No. 2 del expediente, el Señor Procurador 50 Judicial Administrativo, después de hacer énfasis en la propiedad del subsuelo y poniendo de presente el principio de normatividad de los contratos, concluye en lo que concierne a la interpretación de la cláusula 17.2.1 del anexo B del contrato de asociación Caracara, lo siguiente: <i>En el presente caso al tenor de lo que el contrato establece de manera diáfana, el los únicos costos que se deben reembolsar relativos a pozos secos, son los costos de abandono. (Folio 378 del cuaderno principal No. 2).</i>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	Código Civil g) Art. 27 (Interpretación gramatical) h) Art. 1501 (Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos) i) Art. 1603 (Ejecución de Buena fe) j) Art. 1618 (Prevalencia de la intención) k) Art. 1620 (Preferencia del sentido que produce efecto) l) Art. 1622 (Interpretaciones sistemática, por comparación y por aplicación práctica)

	<p>m) Art. 1624 (Interpretación a favor del deudor)</p> <p>Código de Comercio</p> <p>a) Art. 871 (Principio de Buena fe)</p> <p>b) Art. 887 (Cesión de contratos)</p> <p>c) Art. 888 (Formas para hacer la cesión)</p> <p>d) Art. 893 (Reserva de no liberar al cedente)</p> <p>e) Art. 894 (Fecha desde que la cesión tiene efectos frente al contratante cedido y terceros)</p> <p>Decreto Ley 1760 de 2003: Se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.</p>
<p>Jurisprudencia Judicial</p>	<p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de julio de 2007. (Referencia: Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01):</p> <p>“ Desde otra arista, la jurisprudencia ha decantado que las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que <i>“el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”</i> (sentencia de 13 de septiembre de 1994, citada por Sent. Cas. Civ. de 27 de julio de 1999 Exp. No. 5195)</p> <p>En el mismo sentido, la Corte ha reconocido que, en principio, <i>a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contra vía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”</i> (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502).</p> <p>También los precedentes citados reflejan que de modo general no puede tomarse como prueba lo que las partes declaran en su favor, todo a partir del deber que gravita sobre aquéllas de asumir la carga de probar, para así evitar que el proceso se convierta en un espacio de encuentro para simples versiones y no, como debe ser, el escenario para despejar la incertidumbre con los elementos reconstitutivos del pasado que sean legalmente admisibles, máxime si estos se encuentran en posibilidad de ser acopiados.”</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de febrero de 2005, en la cual expresó:</p> <p><i>“ Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionalistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, ‘la letra mata, y el espíritu vivifica.’”</i></p>

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de julio de 1983.
Magistrado Ponente Doctor Humberto Murcia Ballén:

“Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de los contratantes escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales (subraya fuera del texto original).”

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de febrero de 2008.

Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la recíproca intención de las partes” (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aún siendo “claro” el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que “...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato” (cas. civ. Junio 2811989).

De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado “por claro que sea el tenor literal del contrato” (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni “encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato... (cas.civ. junio 311946, LX, 656).

(...)

Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a “la fidelidad” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y “a la consecución prudente y reflexiva” del sentido recíproco de la disposición (cas. agosto 14/2000, exp. 5577). Empero, el rol interpretativo del juzgador no es de mero reproductor del contenido negocial, la exégesis de su sentido, ni se encamina exclusivamente a explicitar el querer de las partes como si fuera un autómatas. Más concretamente, la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex auctoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado

	<p>concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su «contenido sustancial», utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, <i>Diritto Civile</i>, Tomo 3, <i>Il contratto</i>, Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A. Mila, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenir efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 28 de junio de 1989: <i>"...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato."</i></p>
Jurisprudencia Arbitral	No Hay
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda	953 días
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite	247 días
Suspensiones solicitadas por las partes	139 días
Suspensiones por causa legales	0
VIII. DECISUM	
<p>Respuesta al problema planteado:</p> <p>PRETENSIONES</p> <p>PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare la existencia y validez del Contrato celebrado entre la HUPECOL y ECOPEPETROL el día 8 de febrero de 2001 (el "Contrato").</p> <p>SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare la validez y obligatoriedad para las partes del Contrato, de la Cláusula 3.5 del Anexo B del Contrato.</p> <p>TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: Que se declare que en virtud de lo establecido en la Cláusula</p>	<p>DECISIÓN</p> <p>PRIMERO.- Abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones Primera, Segunda y Séptima principales de la demanda.</p> <p>SEGUNDO.- Prospera.</p> <p>TERCERO.- Prospera.</p>

3.5 del Anexo B del Contrato, los volúmenes producidos en las Pruebas Extensas de Producción serán los recuperados del respectivo Pozo de Exploración en el tiempo máximo de prueba aprobado por el Ministerio de Minas y Energía en el permiso correspondiente, descontando cualquier volumen de los Hidrocarburos usado como consumo en las operaciones de las pruebas. La producción restante, después de descontado el porcentaje correspondiente a las regalías, las cuales serán pagadas directamente por ECOPETROL, será tomada por LA ASOCIADA y los ingresos correspondientes a la valorización de tales Hidrocarburos, al precio de referencia acordado por las Partes, serán deducidos de los Costos Directos de Exploración del respectivo Pozo de Exploración hasta un máximo del treinta por ciento (30%) de tales costos, para efectos de su recuperación o Reembolso en el siguiente orden: i) Costos Directos de Exploración de las Pruebas Extensas de Producción; ii) Costos Directos de Exploración de la perforación y completamiento del respectivo Pozo de Exploración y iii) Costos Directos de Exploración de los Trabajos de Exploración anteriores a la perforación del respectivo Pozo de Exploración. Una vez recuperado el treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración, la producción proveniente de las Pruebas Extensas de Producción se distribuirá entre las Partes en la proporción de treinta por ciento (30%) para ECOPETROL y de setenta por ciento (70%) para LA ASOCIADA.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL:

Que se declare que a partir de la ocurrencia de la recuperación o

CUARTO.- Prospera.

reembolso del treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración con los ingresos correspondientes a la totalidad de los volúmenes de petróleo producidos en las Pruebas Extensas de Producción (hechas las deducciones correspondientes) se causó para ECOPETROL el derecho a recibir el treinta por ciento (30%) del crudo producido durante las Pruebas Extensas de Producción con posterioridad al logro de la recuperación o reembolso.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL:

Que se declare que HUPECOL CARACARA LLC cedió a favor de la compañía CEPESA COLOMBIA S.A. – CEPCOLSA , la totalidad de los intereses, derechos y obligaciones que posee en el Contrato de Asociación Caracara.

SEXTA PRETENSION PRINCIPAL:

Que se declare que HUPECOL y/o CEPCOLSA le adeuda(n) a ECOPETROL el treinta por ciento (30%) del crudo producido durante las Pruebas Extensas de Producción, con posterioridad al logro de la recuperación o reembolso.

SEPTIMA PRETENSION PRINCIPAL:

Que se declare la validez y obligatoriedad para las partes del Contrato, de la Cláusula 17.2.1 del Anexo B del Contrato.

OCTAVA PRETENSION PRINCIPAL:

Que se declare que en virtud de lo establecido en la Cláusula 17.2.1 del Anexo B del Contrato, de los costos de los pozos de exploración que hayan resultado secos, sólo se considerará como Costos Directos de Exploración y por ende sólo se reembolsará, el costo de abandono de dichos pozos.

QUINTO.- Prospera.

SEXTO.- Prospera.

SÉPTIMO.- Prospera.

OCTAVO.- Prospera.

NOVENO.- Prospera parcialmente.

NOVENA PRETENSION PRINCIPAL:

Que en virtud de las declaraciones anteriores, tal y como se establece en el Otrosí número uno del Contrato, se condene a Hupecol y/o a CEPCOLSA a pagar a ECOPETROL: i) Ciento cincuenta y cinco mil cuatrocientos setenta y ocho (155.478) barriles de petróleo de calidad igual o similar al producido en los campos de la Asociación Caracara, si el Tribunal acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto a la distribución de la producción de petróleo durante la práctica de las pruebas extensas de producción y acoge la interpretación de ECOPETROL, en cuanto al no reembolso de los Costos Directos de Exploración, correspondientes a los pozos exploratorios secos (salvo los costos de abandono de dichos pozos); ii) Ciento cuarenta y cinco mil trescientos cuarenta y tres (145.343) barriles de petróleo de calidad igual o similar al producido en los campos de la Asociación Caracara, a favor de ECOPETROL, si el Tribunal acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto a la distribución de la producción de petróleo durante la práctica de las pruebas extensas de producción, pero acoge la interpretación de HUPECOL en cuanto al reembolso de los Costos Directos de Exploración correspondiente a los pozos exploratorios secos; iii) Treinta mil seiscientos seis (30.606) barriles de petróleo de calidad igual o similar al producido en los campos de la Asociación Caracara, a favor de ECOPETROL, si el Tribunal acoge la interpretación de HUPECOL, en cuanto a la distribución de la producción de petróleo durante la práctica de las pruebas extensas y acoge la

<p>interpretación de ECOPETROL en cuanto al no reembolso de los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos (salvo los costos de abandono de dichos pozos); iv) Dieciséis mil cincuenta y un (16.051) barriles de petróleo de calidad igual o similar al producido en los campos de la Asociación Caracara, a favor de ECOPETROL, si el Tribunal acoge la interpretación de HUPECOL en cuanto a la distribución de pruebas extensas y acoge la interpretación de HUPECOL en cuanto al reembolso de los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos.</p> <p>DECIMA PRETENSION PRINCIPAL: Que se condene a HUPECOL y/o a CEPCOLSA al pago de las costas del juicio, incluidas las agencias en derecho.</p>	<p>DÉCIMO.- No Prospera.</p>
<p>Decisión unánime Salvamento de voto Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal</p> <p>Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconversión Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconversión</p>	<p>Sí No No- No prosperan las pretensiones sexta, octava y décima. El Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre las pretensiones primera, segunda y séptima. Si- Prosperan las pretensiones tercera, cuarta, quinta y novena. No Aplica No Aplica</p>
<p>EXCEPCIONES Se propusieron excepciones, y prosperó la excepción denominada “Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a Hupecol y Cepsa”.</p>	<p>“A este efecto señala que la demanda se instaura contra HUPECOL y CEPCOLSA, sin tener en cuenta que la primera cedió a la segunda el 100% de los intereses, derechos y obligaciones que poseía como Asociada en el Contrato.</p> <p>Para el Tribunal resulta claro que se produjo una cesión del contrato de asociación por parte de HUPECOL a</p>

CEPCOLSA. Hecho que, por lo demás, fue puesto de presente en el libelo de la demanda, en los hechos 20, 21 y 22, y aceptado por HUPECOL y CEPCOLSA en sus respectivos escritos de contestación de la demanda. La primera de estas compañías afirmó ser cierto que había solicitado autorización para ceder su participación en el contrato de asociación Caracara y que esta cesión fue aprobada por resolución 225 de 28 de mayo de 2008 de la ANH; la segunda manifestó, con algunas precisiones, que los tres hechos citados corresponden a la realidad.

En efecto, en el artículo 887 el Código exige la aceptación del contratante cedido para realizar la cesión en los contratos de ejecución sucesiva *intuito personae* y en los contratos de ejecución instantánea. En este contexto, la expresión aceptación equivale al consentimiento por parte del contratante cedido, pues es claro que se requiere la voluntad de éste para que pueda realizarse la cesión, pues si él la niega no puede realizarse.

De este modo, en la cesión de un contrato de ejecución sucesiva *intuito personae* o de un contrato de ejecución instantánea, se requiere por un lado la aceptación del contratante cedido – en el sentido de consentimiento –, para que la cesión pueda realizarse, y además, la notificación o aceptación – en el sentido de darse por enterado – al mismo contratante, para que la cesión produzca todos sus efectos.

Estos dos fenómenos son jurídicamente distintos, pero pueden unirse un solo acto, cuando en un solo documento el cedido autoriza la cesión que se perfecciona en el mismo escrito, pues es claro que el cedido en el mismo acto consiente en la cesión y conoce que ella se ha realizado. En otros casos el consentimiento del cedido, por la vía de la autorización, puede constar en un documento anterior al negocio de cesión y en tal caso será necesario realizar la notificación o que la misma sea aceptada para que la cesión lo afecte.

Adicionalmente es necesario tener presente que es función de la Agencia Nacional de Hidrocarburos aprobar las modificaciones a los contratos de exploración y explotación que ECOPETROL hubiese suscrito antes del 31 de diciembre de 2003, de conformidad con lo establecido en el numeral 8.7 del artículo 7 del decreto-ley 1760 de 2003.

	<p>Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que, por una parte, la cesión se celebró por escrito entre HUPECOL y CEPCOLSA con el consentimiento de ECOPETROL, con lo cual se dio cumplimiento tanto al artículo 887 como al 888 del Código de Comercio y al propio Contrato.</p> <p>Adicionalmente, al expresar ECOPETROL su voluntad en el mismo documento de cesión, se cumplió con el requisito de la aceptación previsto por el artículo 894 del Código de Comercio. Y, finalmente, con la resolución 225 de 28 de mayo de 2008 se dio cumplimiento al requisito previsto en el artículo 8 del decreto-ley 1760 de 2003 respecto de la aprobación por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.</p> <p>Ahora bien, en cuanto a los efectos de la cesión es claro que la misma transfiere al cesionario la calidad de contratante y por ello el mismo adquiere los derechos y queda obligado a responder por las obligaciones derivadas del contrato.</p> <p>Por lo anterior, el Tribunal considera que debe prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa respecto de HUPECOL que esta denominó “Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HUPECOL y CEPESA”.</p>
Valor de la decisión	No Hay
Valor de las costas y agencias en derecho	Ciento setenta y dos millones ciento ochenta y nueve mil doscientos cincuenta pesos (\$172.189.250).
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	No
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	No
Recurso de Revisión	No
Acción de Tutela	No
Conciliación total	No
Conciliación parcial	No