

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**ECOPETROL S.A.**

**contra**

**HUPECOL CARACARA LLC y CEPESA COLOMBIA S.A. – CEPCOLSA –**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias formuladas por ECOPETROL S.A. (en adelante “ECOPETROL”) contra HUPECOL CARACARA LLC (en adelante “HUPECOL”) y CEPESA COLOMBIA S.A. – CEPCOLSA – (en adelante “CEPCOLSA”).

**CAPITULO I**

**ANTECEDENTES**

1. Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el “*Contrato de Asociación Caracara*” 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).

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 CEPOLSA.

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 “*Contrato de Asociación Caracara*” del 8 de febrero de 2001, cuyo texto, en lo pertinente, señala:

*ACUERDO: (...)*

*CLAUSULA PRIMERA.- Sólo para los efectos de la presente controversia, la Cláusula 28.2 – Desacuerdos - del Contrato de Asociación Caracara, se adiciona y modifica con los siguientes párrafos:*

*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:*

*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*

*(...)*

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 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 CEPOLSA 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 decidieron varias solicitudes de las partes; y se recibieron sus

alegaciones finales, así como el concepto del Procurador 50 Judicial Administrativo.

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.

## **CAPITULO II**

### **DEMANDA Y CONTESTACION**

#### **1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA OPOSICIÓN**

1.1. En su demanda reformada, ECOPETROL elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

***PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL:*** *Que se declare la existencia y validez del Contrato celebrado entre la HUPECOL y ECOPETROL el día 8 de febrero de 2001 (el "Contrato").*

**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.*

**TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:** *Que se declare que en virtud de lo establecido en la Cláusula 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 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 CEPSA COLOMBIA S.A. – CEPOLSA , 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.

**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 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.*

**DECIMA PRETENSION PRINCIPAL:** *Que se condene a HUPECOL y/o a CEPOLSA al pago de las costas del juicio, incluidas las agencias en derecho.*

1.2. En su contestación a la demanda HUPECOL se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. *“Abuso de posición dominante”.*
2. *“Ejercicio arbitrario de las propias razones”.*
3. *“Mala fe contractual”.*
4. *“La pretensión de ECOPETROL altera la conmutatividad prestacional del Contrato de Asociación”.*
5. *“Enriquecimiento sin causa y torticero de ECOPETROL”.*
6. *“Nadie puede alegar su propio error o negligencia”.*
7. *“La absoluta imposibilidad para el profesional de los negocios de venir en contra de sus propios actos”.*

8. *“Ha operado y de tiempo atrás, la caducidad contractual para que ECOPETROL pudiera efectuar reclamación alguna”.*

9. *“Las partes están obligadas por virtud del Compromiso a recalcular todas las recuperaciones o reembolsos realizados por ECOPETROL con ocasión de las pruebas extensas de producción desde el momento en que por imposición de ECOPETROL se exigió a HUPECOL variar la metodología”.*

10. *“Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HUPECOL y CEPESA: las pretensiones de la demanda en ese sentido están mal formuladas y corroboran la mala fe de la convocante”.*

11. La *“Excepción genérica”*.

1.3. Igualmente, en su contestación a la demanda CEPCOLSA se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. *“PRIMERA EXCEPCIÓN: CADUCIDAD CONTRACTUAL PACTADA. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ECOPETROL DE CENSURAR Y OBJETAR EL REEMBOLSO DE LOS COSTOS DIRECTOS DE EXPLORACION DE LOS POZOS EXPLORATORIOS SECOS”.*

2. *“SEGUNDA EXCEPCIÓN: HA PRESCRITO DE TIEMPO ATRÁS TODO DERECHO DE ECOPETROL PARA CUESTIONAR Y RECLAMAR LAS CUENTAS DE LA ASOCIADA EN RELACIÓN CON EL REEMBOLSO DE LOS POZOS SECOS”.*

3. “TERCERA EXCEPCIÓN: INTERPRETACIÓN DE LAS CLAUSULAS AMBIGUAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN A FAVOR DE LA ASOCIADA COMO ADHERENTE”.
  
4. “CUARTA EXCEPCIÓN: LA INTERPRETACIÓN DE ECOPETROL DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN CARACARA ES CONTRARIA A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES Y A LA FILOSOFIA DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN ANUNCIADO EN LA RONDA 2000”.
  
5. “QUINTA EXCEPCIÓN: LA INTENCIÓN DE LAS PARTES AL MOMENTO DE SUSCRIBIR EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN CARACARA DEBE PREVALECER”.
  
6. “SEXTA EXCEPCIÓN: PREVALENCIA DEL CONTRATO SOBRE EL ANEXO B”.
  
7. “SEPTIMA EXCEPCIÓN: OBLIGACIÓN DE ECOPETROL DE REEMBOLSAR LOS COSTOS DIRECTOS DE EXPLORACIÓN DE LAS PRUEBAS EXTENSAS CON EL 30% DE LA PRODUCCIÓN QUE LE PERTENECE”.
  
8. “OCTAVA EXCEPCIÓN: OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DE RECALCULAR TODAS LAS RECUPERACIONES O REEMBOLSOS REALIZADOS POR ECOPETROL POR CONCEPTO DE PRUEBAS EXTENSAS DE PRODUCCIÓN DESDE EL MES DE NOVIEMBRE DE 2007, CUANDO EL CONTRATO SE COMENZÓ A EJECUTAR BAJO LA INTEPRETACIÓN DE ECOPETROL”.
  
9. “NOVENA EXCEPCIÓN: OBLIGACIÓN DE ECOPETROL DE REEMBOLSAR LOS COSTOS DIRECTOS DE EXPLORACIÓN DE LOS POZOS QUE HAYAN RESULTADO SECOS”.

10. *“DÉCIMA EXCEPCIÓN: PENALIZACIÓN O CASTIGO POR PARTE DE ECOPETROL A LA ASOCIADA QUE EN FORMA EFICIENTE RECUPERA SUS COSTOS ANTES DE LA DECLARATORIA DE COMERCIALIDAD”.*

11. *“DÉCIMA PRIMERA EXCEPCIÓN: BUENA FE CONTRACTUAL DE CEPSA”.*

12. *“DÉCIMA SEGUNDA EXCEPCIÓN: NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA (Venire contra factum proprium)”.*

13. *“DÉCIMA TERCERA EXCEPCIÓN: LOS HIDROCARBUROS PERTENECEN A LA NACIÓN Y A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN SE OTORGA A LA ASOCIADA DESDE SU SUSCRIPCIÓN UN INTERÉS ECONÓMICO EN DICHOS HIDROCARBUROS A PARTIR DE SU EXTRACCIÓN”.*

14. *“DECIMA CUARTA EXCEPCIÓN: GENÉRICA (306 del C.P.C.)”*

## **2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA**

En su demanda la convocante expuso los hechos en que funda sus pretensiones y que pueden sintetizarse así:

1) El 8 de febrero de 2001 entre ECOPETROL y HUPECOL se celebró el Contrato de Asociación para el sector Caracara, cuyo objeto es la exploración del Área Contratada y la explotación del petróleo de propiedad nacional que pueda encontrarse allí.

2) La Cláusula 1.4 del Contrato establece que ECOPETROL y la Asociada: (i) llevarán a cabo trabajos de exploración y explotación en los terrenos del Área Contratada, (ii) repartirán entre sí los costos y riesgos de los mismos en las proporciones y términos previstos en el Contrato y (iii) serán propietarios de los Hidrocarburos producidos, en las proporciones estipuladas en el Contrato.

3) La Cláusula 3.5 del Anexo B del Contrato, establece:

*“3.5 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 provenientes de 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 (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”.*

4) En síntesis, 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.

5) HUPECOL sostiene que solamente el 30% de la producción de petróleo obtenida en tales Pruebas debe imputarse al reembolso del 30% de los Costos, es decir, considera que el 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.

6) Como consecuencia, HUPECOL sólo 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.

7) En síntesis, el desacuerdo entre las partes, radica en que, para ECOPETROL, HUPECOL ya obtuvo el reembolso a que tiene derecho en la etapa precomercial, 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.

8) De otra parte, la Cláusula 17.2.1 del Anexo B de dicho Contrato, establece:

*“17.2 Cuentas de cobro. 17.2.1. El Operador preparará una cuenta de cobro inicial para ECOPETROL, después de la aceptación de la existencia de cada Campo Comercial, por el treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración realizados con anterioridad a la fecha de pronunciamiento por ECOPETROL sobre la comercialidad de cada nuevo Campo Comercial descubierto, que hayan sido auditados y aceptados por ECOPETROL, de acuerdo con la Cláusula 22 del presente Anexo y que no hayan sido cargados anteriormente a otro Campo. Dentro de los Costos Directos de Exploración de los Pozos de Exploración 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 (...)”*

9) La Cláusula 17.2.1 establece que, dentro de los Costos Directos de Exploración de los Pozos de Exploración, se incluirá únicamente el costo de abandono de los Pozos de Exploración que hayan resultado secos.

10) HUPECOL no ha aplicado lo dispuesto en dicha Cláusula y ha incluido como Costos Directos de Exploración de los Pozos de Exploración, todos los costos de los Pozos de Exploración que han resultado secos, por lo cual se reembolsó unos costos que no tenía derecho a reembolsarse, con un crudo que le pertenece a ECOPETROL.

11) Ante la existencia evidente de un desacuerdo en cuanto a la distribución de la producción de pruebas extensas y en cuanto a la determinación de los Costos Directos de Exploración que se deben reembolsar, las partes convinieron llevar el asunto ante el Comité

Ejecutivo de la Asociación y, frente a la falta de acuerdo, se decidió someter el tema a los más altos ejecutivos residentes en Colombia de las dos compañías, sin que fuese posible llegar a un arreglo directo.

12) Por lo anterior, el 14 de marzo de 2008 las partes celebraron un compromiso en el cual acordaron con efectos de transacción, la valoración del conflicto así:

6. (...) 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, a favor de ECOPETROL si el tribunal acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto a la distribución de pruebas extensas y acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto al no reembolso de los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos; 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 pruebas extensas pero acoge la interpretación de HUPECOL en cuanto al reembolso de los Costos Directos de Exploración de 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 pruebas extensas y acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto al no reembolso de los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos; 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.*

7. Para fijar el límite máximo de una eventual condena respecto de los Costos Directos de Exploración no auditados a la fecha, se aplicará la decisión en firme del tribunal de arbitramento utilizando la misma metodología ya acordada por las Partes para el cálculo del saldo en disputa respecto del reembolso de los Costos Directos de Exploración correspondientes a los Campos Peguita y Elizita. Lo



anterior, sin perjuicio que desde la fecha de este acuerdo y durante el trámite arbitral, ECOPETROL adelante la auditoría de las inversiones y costos faltante.

13) Mediante la comunicación del 25 de marzo de 2008, HUPECOL solicitó autorización a ECOPETROL para ceder a favor de CEPCOLSA la totalidad de los intereses, derechos y obligaciones que poseía en su calidad de Asociada en el Contrato de Asociación Caracara y mediante comunicación ANH 1003852-2008\_E del 8 de mayo de 2008, ECOPETROL solicitó aprobación para dicha cesión a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Finalmente, esta entidad mediante la Resolución 225 del 28 de mayo de 2008 aprobó la cesión a CEPCOLSA.

### **3. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

En sus contestaciones a la demanda HUPECOL y CEPCOLSA se pronunciaron sobre los hechos expuestos, aceptando unos, negando otros y realizando en la mayoría de los casos explicaciones y precisiones.

Reconocen como ciertos la celebración del contrato, la circunstancia de que los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos han sido incluidos como parte del valor a reembolsar, los fallidos intentos de solucionar las discrepancias de manera directa, la celebración del compromiso, la solicitud de autorización para la cesión de HUPECOL a CEPCOLSA y su aprobación por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Niegan que la tesis de HUPECOL, y luego de CEPCOLSA, sobre la interpretación de las cláusulas indicadas en la demanda, sea la expuesta

por ECOPETROL; que HUPECOL sólo dedujo de los Costos Directos de Exploración de los respectivos Pozos de Exploración los ingresos correspondientes al treinta por ciento (30%) de la producción de petróleo obtenida durante las Pruebas Extensas de Producción, y que las demandadas hayan desconocido estipulación contractual alguna.

Precisan, además, lo siguiente:

- 1) La demanda se soporta en suponer que la cláusula 3.5 del Anexo B es la única estipulación existente sobre distribución de petróleo extraído durante las pruebas extensas y que podría interpretarse en una especie de limbo contractual.
- 2) ECOPETROL omite mencionar que la cláusula hace referencia a Recuperación o Reembolso y no solo a Reembolso.
- 3) ECOPETROL hace una acomodada presentación de la posición de HUPECOL frente al contrato de asociación y su cabal interpretación.
- 4) Lo que existe en la cláusula mencionada es un error de redacción, que se soluciona con el sencillo expediente de examinar e interpretar el contrato como un todo.
- 5) Lo que hizo HUPECOL, como lo que establece el contrato, fue liquidar los ingresos originados en la producción, utilizando el 70% de esos ingresos que le pertenecen para aplicarlos a la recuperación de sus inversiones, conforme lo ofrecido a los particulares por ECOPETROL y como fue además la intención explícita de ambas partes al momento de firmar el contrato de asociación.

6) Con la interpretación que pretende darle ECOPETROL a la Cláusula 3.5 del Anexo B, se desvirtúa totalmente el principio previsto en el contrato, según el cual las Partes se reparten “*entre sí los costos y riesgos*”, por lo cual termina apropiándose de la totalidad de la producción de las Pruebas Extensas a su favor, cuando el contrato establece claramente la distribución de la producción atendiendo los porcentajes acordados, esto es, 30% para ECOPETROL y 70% para La Asociada.

7) Si la intención de las Asociadas al suscribir los Contratos de Asociación modelo 2000 fuera la que ECOPETROL pretende aplicar ahora, se estaría frente a un contrato de Concesión en el cual el 100% de la producción sería a favor de ECOPETROL.

8) De la lectura y análisis de la cláusula anterior, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.4. de la Cláusula 1 del Contrato de Asociación Caracara, se observa claramente que cada una de las Partes tiene la obligación de asumir “*los costos*” y como contraprestación obtendrá el derecho de adquirir la propiedad sobre parte de la producción, que para este caso corresponde a las siguientes proporciones: 70% para La Asociada y 30% para ECOPETROL.

9) La correcta interpretación sistemática de todas las cláusulas transcritas del Contrato de Asociación Caracara, y por ende la única interpretación posible para la Cláusula 3 numeral 3.5. del Anexo B, es la siguiente: ECOPETROL debe reembolsar a La Asociada el 30% de los Costos Directos de Exploración proveniente de las Pruebas Extensas de Producción, reembolso que no puede deducirse del 100% de la

producción de Pruebas Extensas, sino del 30% que corresponde a ECOPETROL, ya que la totalidad de la producción no es propiedad de ECOPETROL; un 70% es de propiedad de La Asociada. Dicho reembolso debe hacerlo ECOPETROL antes de la declaratoria de Comercialidad del Campo y con el 100% de la producción que le pertenece.

10) HUPECOL, y posteriormente CEPCOLSA por causa de la cesión, han cumplido siempre con el Contrato de Asociación Caracara y han aplicado la distribución de la producción obtenida en las pruebas extensas para efectos de la recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración bajo la interpretación de ECOPETROL, como consecuencia de lo así acordado según comunicación del 5 0marzo de 2007, sin que ello implique una renuncia por parte de La Asociada a su posición en relación con la forma en que ha de distribuirse la producción obtenida en las Pruebas Extensas de Producción para efectos de la recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración.

11) La interpretación que ECOPETROL da al Contrato, genera una contradicción entre el cuerpo principal del mismo y su Anexo B, en completo desconocimiento de la Cláusula 28 del Contrato que prevé la prevalencia de este sobre el Anexo.

12) Es equivocada la interpretación que hace ECOPETROL de la cláusula 17.2.1 del Anexo B del Contrato y corresponde a meras valoraciones subjetivas.

13) Los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos han sido incluidos como parte del valor a reembolsar, pues eso es lo que establece el contrato con toda claridad, fue lo que acordaron las

partes, y ECOPETROL ha venido aceptando sin salvedad alguna hasta cuando surgió este conflicto, pues solo en mayo de 2008 planteó reparos frente al tema.

14) ECOPETROL pretende valerse de una desafortunada redacción de la cláusula 17.2.1 del Anexo B del Contrato, para aplicarlo de manera inequitativa en favor suyo. La Asociada tiene derecho a que se le reconozcan los costos de perforación de los pozos secos, pues éste es uno de los cambios fundamentales introducidos al Contrato de Asociación hace más de una década con la intención de incentivar la inversión extranjera.

15) Es falso sostener que HUPECOL o CEPCOLSA desconocieron estipulación contractual alguna.

### **CAPITULO III**

#### **PRUEBAS PRACTICADAS**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o a su oposición, las partes convocante y convocada, respectivamente, aportaron una serie de documentos. Otros documentos fueron incorporados por petición de ellas, según oficios que fueron librados al Ministerio de Minas y Energía y a ECOPETROL.

A petición de ambas partes se decretaron varios testimonios, algunos de los cuales fueron objeto de desistimiento posterior, el cual fue aceptado por el Tribunal. Los testimonios que se recibieron fueron los de Luis

Alberto Mocada Fuentes, Gustavo Suárez Camacho, Rodolfo Mario García Paredes, José Leocadio Acevedo Olaya, Víctor Hugo Franco Tamayo, Gildardo de Jesús Gil Cardona, Álvaro Eliécer Rocha Núñez y Martha Patricia Severino.

Igualmente se recibieron los interrogatorios a los representantes legales de las partes.

También se practicaron sendas inspecciones judiciales con exhibición de documentos a HUPECOL y a ECOPETROL, que originaron la incorporación de otros tantos documentos.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes y el Ministerio Público tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

#### **CAPITULO IV**

#### **PRESUPUESTOS PROCESALES**

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados parcialmente, como lo analizará a continuación. En efecto, la parte

demandante es ECOPETROL, entidad descentralizada del orden nacional, organizada por la Ley 1118 de 2007 como sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con domicilio principal en Bogotá, representada por JAVIER GUTIÉRREZ PEMBERTHY. Por su parte, las demandadas son HUPECOL y CEPCOLSA, ambas sociedades comerciales; la primera, es una compañía de los Estados Unidos de América, con sucursal en Colombia, representada por MARCELA VACA TORRES; y la segunda es una compañía española, con sucursal en Colombia, representada por CÉSAR AUGUSTO LOZANO GUTIÉRREZ. Además, obran en el proceso los documentos que confirman que, actualmente CEPCOLSA tiene la condición de asociada en el contrato de Asociación Caracara y por consiguiente, está vinculada por el pacto compromisorio.

Ambas partes actuaron por conducto de sus apoderados judiciales, quienes fueron reconocidos en el proceso.

Mediante Auto No. 9, proferido en la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día 14 de octubre de 2008, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; advirtió que el Tribunal había sido integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir; que el pacto arbitral reunía los requisitos legales; que no advertía que la acción estuviere caducada; y que, en consecuencia, el Tribunal era competente para tramitar y decidir el litigio.

Ahora bien, luego de adentrarse en el análisis de las diversas actuaciones procesales, ha concluido el Tribunal, a partir de análisis de las pretensiones primera, segunda y séptima principales, que el contenido de las mismas desborda el parámetro del acuerdo compromisorio, de modo que carece de competencia para pronunciarse sobre ellas, como se expondrá más adelante.

Igualmente, el Tribunal revisó el acervo probatorio y verificó que todas las pruebas decretadas fueron practicadas, obran en el expediente y que respecto de ellas las partes y el Ministerio Público tuvieron oportunidad de contradicción, por lo cual, por Auto No. 23 proferido el 5 de febrero de 2009, cerró la etapa probatoria y citó para audiencia de alegaciones que tuvo lugar el día 31 de marzo siguiente, todo lo cual fue expresamente ratificado por las partes, como obra a folio 531 del cuaderno principal No. 1.

Finalmente, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

## **CAPITULO V**

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **1. PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL Y EXCEPCIÓN DENOMINADA “IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE CONDENAR SOLIDARIAMENTE A HUPECOL Y CEPSA”**



Como quiera que la pretensión quinta se relaciona con la legitimación en la causa por pasiva y la integración del contradictorio en este proceso (artículo 83 del C.P.C.) y, por ende, con la posibilidad de condenar a una o a las dos compañías contra quienes ECOPETROL ha dirigido su demanda (artículo 1568 del C.C.), este Tribunal de Arbitramento iniciará sus consideraciones con el análisis de esta pretensión. Simultáneamente, por versar sobre el mismo tema, verificará si se dan las condiciones jurídicas y probatorias para declarar probado el medio de defensa que HUPECOL ha denominado “Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HUPECOL y CEPESA; las pretensiones de la demanda en ese sentido están mal formuladas”.

En la reforma de la demanda ECOPETROL formuló esta pretensión en los siguientes términos: “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”.

Como fundamento de esta solicitud, bajo el título “CESIÓN A FAVOR DE LA COMPAÑÍA CEPESA COLOMBIA S.A. CEPCOLSA” (folio 31 del cuaderno principal No. 1), ECOPETROL se expresa en los siguientes términos:

En virtud de la cesión a favor de la compañía CEPESA COLOMBIA S.A. – CEPCOLSA, de la totalidad de los intereses, derechos y obligaciones que posee HUPECOL CARACARA LLC en el Contrato de Asociación Caracara, es, en principio CEPESA COLOMBIA S.A. quien está llamada a responder las pretensiones de la presente demanda. En efecto, por medio de la comunicación del 28 de abril de 2008 de CEPCOLSA a HUPECOL, CEPCOLSA plantea que en caso de resultar cesionaria de HUPECOL CARACARA LLC en su posición de Asociada bajo el Contrato de Asociación Caracara, CEPESA COLOMBIA S.A. asumirá frente a ECOPETROL S.A. la totalidad de los derechos y obligaciones de la cedente que se deriven del pacto arbitral suscrito entre HUPECOL CARACARA LLC y ECOPETROL S.A.

En la contestación de la demanda HUPECOL formuló la excepción que denominó “Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HUPECOL y CEPESA: las pretensiones de la demanda en este sentido están mal formuladas y corroboran la mala fe de la convocante”. 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.

A este respecto encuentra el Tribunal que en relación con la cesión de los intereses de HUPECOL en el contrato de Asociación Caracara obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos que considera necesario analizar para concluir sobre la pretensión y el medio de defensa que ha invocado HUPECOL:

❖ A folios 459 a 461 del Cuaderno Principal No. 1 obra un documento de cesión, suscrito por los representantes legales de HUPECOL, CEPCOLSA y ECOPETROL el 12 de junio de 2008, en el cual se expresa:

PRIMERO.- Que en ejercicio de la facultad prevista en la Cláusula 27 – Derechos de Cesión de ‘EL CONTRATO’, HUPECOL cede a CEPCOLSA la totalidad de su participación en ‘EL CONTRATO’ esto es, el setenta por ciento (70%) de los intereses, derechos y obligaciones, equivalentes al cien por ciento (100%) de los intereses de la parte Asociada, sin contabilizar la participación de ECOPETROL S.A. CEPCOLSA acepta esta cesión y asume los intereses, derechos y obligaciones en ‘EL CONTRATO’

SEGUNDO.- Que como consecuencia de esta cesión, los derechos y obligaciones que surgen de ‘EL CONTRATO’ para la parte Asociada (sin contabilizar la participación de ECOPETROL S.A.) quedan así:

CEPCOLSA	100%
----------	------

TERCERO.- Que los intereses y obligaciones en el total de 'EL CONTRATO' incluyendo la participación de ECOPETROL S.A. quedarán distribuidos de la siguiente manera:

ECOPETROL	30%
CEPCOLSA	70%

CUARTO.- Las partes acuerdan que CEPCOLSA será el Operador de 'EL CONTRATO'.

QUINTO.- La cesión contenida en este contrato no constituye sustitución ni novación de 'EL CONTRATO'.

SEXTO.- A partir de la fecha de este documento HUPECOL no será responsable del cumplimiento del contrato cedido y será cargo de CEPCOLSA el cumplimiento frente a ECOPETROL S.A. de las obligaciones pasadas, presentes, pendientes y futuras, conocidas o no y de cualquier naturaleza, que le correspondan a la parte Asociada bajo dicho contrato.

SEPTIMO.- ECOPETROL S.A. representada por su Presidente Dr. Javier Genaro Gutierrez Pemberty, suscribe este contrato en señal de aprobación.

❖ A folios 211 a 180 del cuaderno de pruebas No. 1 obra el oficio de 25 de marzo de 2008 por medio del cual la representante legal de HUPECOL solicita a ECOPETROL autorización para la cesión de intereses de la primera de las compañías mencionadas en el Contrato de Asociación Caracara;

❖ A folios 121 y 122 del cuaderno de pruebas No. 3 obra el oficio que dirigió la Vicepresidencia Ejecutiva de Exploración y Producción a la Gerente General de HUPECOL el 7 de abril de 2008, dentro del trámite de la solicitud de cesión, en el cual la entidad estatal solicita a HUPECOL la remisión de varios documentos, entre ellos la "suscripción de la Garantía de

Responsabilidad Solidaria, suscrita por el Representante Legal de la Compañía Española de Petróleos S.A. CEPESA, para lo cual anexamos el modelo que actualmente está solicitando la ANH”<sup>1</sup>, garantía que se solicita “para efectos de la evaluación técnica y financiera, se tendrá en cuenta la calidad de CEPESA como calificada dentro de las Top 100 de PIW”, y se agrega: “Finalmente, y en razón a que la solicitud de cesión se refiere al 100% de los intereses, derechos y obligaciones del contrato de asociación Caracara, entenderíamos que ello incluye los derechos litigiosos que se deriven del tribunal de arbitramento cuyo pacto arbitral acabamos de suscribir con ustedes”.

❖ A folios 124 y 125 del cuaderno de pruebas No. 3 obra la respuesta al oficio de 7 de abril de 2008, dirigida por los representantes legales de HUPECOL y CEPCOLSA al Presidente de ECOPETROL el 29 de abril de 2008. Allí se afirma que estas compañías remitieron a ECOPETROL: (i) “Garantía de Responsabilidad Solidaria debidamente notarizada y apostillada, suscrita por el Consejero Delegado de la Compañía Española de Petróleos S.A. CEPESA S.A...” y (ii) “Comunicación suscrita por el representante legal de CEPCOLSA, mediante la cual declara que en caso de resultar cesionaria de Hupecol Carara LLC en su posición de Asociada bajo el Contrato de Asociación Caracara, asumirá frente a ECOPETROL la totalidad de los derechos y obligaciones que se deriven del Pacto Arbitral suscrito entre Hupecol Caracara LLC y ECOPETROL S.A. “

❖ De los documentos a que se refieren las citadas comunicaciones de 7 y 29 de abril de 2009, sólo obra en el expediente, el oficio 0305-08 (folio 181 del cuaderno de pruebas No. 1), por medio del cual el representante legal de CEPCOLSA manifiesta a la Gerente General de HUPECOL:

En respuesta a su carta del pasado 8 de abril de 2008 y con relación al punto 4 de la comunicación de la referencia, queremos manifestar que, en caso de resultar

---

<sup>1</sup> Modelo que obra a folio 123 del cuaderno de pruebas No. 3.

cesionaria de Hupecol Caracara LLC en su posición de Asociada Bajo el Contrato de Asociación 'Caracara' CEPSA Colombia S.A. asumirá frente a ECOPETROL S.A. la totalidad de los derechos y obligaciones de la cedente que se deriven del pacto arbitral suscrito entre Hupecol Caracara LLC y ECOPETROL S.A.

Lo anterior es sin perjuicio de los respectivos derechos y obligaciones existentes bajo acuerdos celebrados entre Hupecol Caracara LLC y CEPSA Colombia S.A. con fecha anterior a la presente.

❖ A folios 232 a 233 del cuaderno de pruebas No. 1 obra la resolución 225 de 28 de mayo de 2008, por medio de la cual el Director General de la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH aprobó "... la cesión total a favor de la compañía CEPOL S.A. de los intereses, derechos y obligaciones, que posee la compañía HUPECOL CARACARA LLC en el contrato de Asociación Caracara, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución...". Igualmente, a modo de condicionamiento se lee en el mismo acto administrativo: "Esta cesión se autoriza bajo el entendido de que la cedente dará cumplimiento a las obligaciones de carácter tributario que se generen a su cargo con ocasión de la misma, de conformidad con la normatividad nacional vigente sobre la materia".

❖ A folios 216 a 218 del cuaderno de pruebas No. 1 obra la solicitud que hiciera ECOPETROL a la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH para obtener la aprobación de la cesión del contrato a favor de CEPOLSA.

De este modo para el Tribunal resulta claro que se produjo una cesión del contrato de asociación por parte de HUPECOL a CEPOLSA. 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 CEPOLSA 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.

A este respecto conviene recordar que el Código de Comercio regula la cesión de contrato en los artículos 887 al 896.

Prevé a tal efecto el artículo 887 lo siguiente:

**Art. 887.-** En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

De esta manera, en contratos como el de Asociación objeto del presente proceso la cesión de contrato requiere el acuerdo del cedente, el cesionario y el cedido. Así, por lo demás, lo dispone el propio Contrato que en su cláusula 27.1 dispone:

27.1. LA ASOCIADA tiene derecho a ceder o transferir total o parcialmente sus intereses, derechos y obligaciones emanados de este contrato, con la previa autorización escrita de ECOPETROL, a otra persona, compañía o grupo, que tenga la capacidad financiera, la competencia técnica, las habilidades profesionales necesarias y la capacidad jurídica para actuar en Colombia.

Por otra parte dispone el artículo 888 del Código de Comercio que “La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito”.

Adicionalmente el artículo 894 del mismo estatuto señala que “La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888.”

Para mayor claridad vale la pena aclarar que el Código de Comercio utiliza la expresión “aceptación” en dos sentidos distintos en el articulado que regula la cesión de contrato.

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.

Por el contrario, el artículo 894 se refiere nuevamente a la aceptación, pero como un requisito para que la cesión perfeccionada pueda afectar al cedido y a terceros y como un equivalente a la notificación. De esta manera, esta aceptación equivale a la que contempla el artículo 1960 del Código Civil, que dispone en materia de cesión de créditos “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”. La aceptación en este artículo es simplemente el hecho de que el deudor se de por enterado de la cesión,

porque, como ha dicho la jurisprudencia, el mismo no es parte en la cesión.

De este modo, en la cesión de un contrato de ejecución sucesiva *intuitu 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 en 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.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que, por una parte, la cesión se celebró por escrito entre HUPECOL y CEPOLSA 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.



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.

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.

Es por ello que en cuanto se refiere a los derechos el artículo 895 del estatuto mercantil establece que “La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes.”

Por su parte en lo que concierne a obligaciones el artículo 893 del mismo Código dispone que “Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.”

De esta manera, de conformidad con el precepto que se acaba de transcribir, sólo en el evento en que el cedido se reserve la responsabilidad del cedente al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada ésta, si no la ha consentido previamente, podría el cedido

dirigirse contra el cedente, lo que implica que en los demás casos el único obligado es el cesionario y el cedente queda liberado.

A lo anterior se agrega que en el caso que se analiza las partes estipularon expresamente que “A partir de la fecha de este documento HUPECOL no será responsable del cumplimiento del contrato cedido y será cargo de CEPCOLSA el cumplimiento frente a ECOPETROL S.A. de las obligaciones pasadas, presente, pendientes y futuras, conocidas o no y de cualquier naturaleza, que le correspondan a la parte Asociada bajo dicho contrato”. (texto destacado y subrayado fuera del original)

En esta medida, de acuerdo con la voluntad expresada por las partes, es CEPCOLSA la que está llamada a responder por cualquier incumplimiento del Contrato de Asociación. Por lo cual prosperará la pretensión quinta principal que ha sido objeto de análisis en este aparte del laudo.

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”.

En todo caso considera el Tribunal que para ECOPETROL era claro que la legitimación en causa por pasiva era predicable únicamente respecto de CEPCOLSA y no de HUPECOL, tal como se lee en los argumentos que esta última compañía expone como soporte de la excepción que se analiza en esta parte del laudo. Como consecuencia de ello, la parte resolutive de esta decisión sólo se referirá a CEPCOLSA y se condenará parcialmente a ECOPETROL en costas.

## **2. PRIMERA, SEGUNDA Y SÉPTIMA PRETENSIONES PRINCIPALES**

Como las pretensiones que en el escrito de reforma de la demanda se denominan primera, segunda y séptima principales se refieren a la existencia o validez de la totalidad o de una parte del contrato, el Tribunal las analizará conjuntamente en esta parte del laudo. En efecto, a través de ellas se solicita declarar la existencia y validez “del Contrato celebrado entre la HUPECOL y ECOPETROL el día 8 de febrero de 2001 (el ‘Contrato’)” [la primera], la validez y obligatoriedad para las partes “de la Cláusula 3.5 del Anexo B del Contrato” [la segunda] y la validez y obligatoriedad “de la Cláusula 17.2.1 del Anexo B del Contrato” [la séptima].

Confrontadas estas pretensiones con el texto de la demanda y con el memorial de conclusiones de ECOPETROL, no se encuentra desarrollo alguno que permita establecer la razón por la cual se solicita que este Tribunal haga las declaraciones a que ellas se refieren. Contrasta esta actitud de ECOPETROL con la de las demandadas HUPECOL y CEPOLSA, quienes se manifestaron en los términos que se analizan a continuación:

La posición de HUPECOL:

Tal como se lee en el escrito de contestación a la demanda reformada (folios 263 y 264 del cuaderno principal No. 1, esta compañía manifiesta que las partes no están discutiendo los temas objeto de estas pretensiones, que en general ellas desbordan los términos del Compromiso y que pueden haber sido formuladas sin tener en cuenta la técnica jurídica. No obstante, respecto de la primera pretensión afirma categóricamente que a pesar de que las partes no discuten la validez y la existencia del contrato de asociación Caracara, “HUPECOL no se opone a esta pretensión, pues reconoce expresamente y así desea que se

reconozca, la existencia, validez y carácter vinculante del Contrato de Asociación”. De otra parte, al referirse a las pretensiones segunda y séptima, además de los problemas técnicos que anota en su redacción, deja claro que:

En relación con esta pretensión [la séptima principal], así como frente a la SEGUNDA y la NOVENA es preciso señalar que se encuentran redactadas en forma antitécnica y contraria a lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 75 del C.P.C., razón por la cual no podría el Tribunal de Arbitramento entrar a pronunciarse sobre ellas. **Ahora bien, si en ejercicio de sus facultades, el Tribunal interpreta las pretensiones mencionadas, evidente resultaría que mi representada considera válidas las estipulaciones a las que se refiere cada una de éstas pretensiones, sobre cuyo verdadero alcance y contenido me pronuncio en este escrito.**

(Resaltado fuera del original)

Posteriormente, al exponer sus alegatos de conclusión (folios 253 a 256 del cuaderno principal No. 2) recuerda al Tribunal el ámbito de su competencia, restringido a la interpretación del contrato y agrega que “las pretensiones primera y segunda, que pretenden se declare la existencia y validez del contrato, al igual que la de una cláusula en torno a la cual existe diferencia”, **carecen de relación con el compromiso. A ello agrega HUPECOL: “De hecho, las partes no discuten siquiera que el contrato y una o varias de sus cláusulas existan, lo que discuten las partes y en ese sentido se redacta el compromiso, es la forma como habrá de interpretarse el contrato, que es cosa bien distinta a lo que erradamente pretende ECOPETROL”.**

La posición de CEPCOLSA:

El escrito de contestación a la demanda reformada radicado por CEPCOLSA no analiza en detalle las pretensiones primera, segunda y séptima, Sin embargo, en la página 13 de dicho escrito (folio 343 del

cuaderno principal No. 1), se lee, bajo el título OPOSICIÓN EXPRESA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES: “Con excepción de las pretensiones PRIMERA y SEXTA, ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones de la demanda arbitral reformada, por carecer de sustento real en los hechos ocurridos y en derecho invocado, tal y como se demostrará en el proceso”.

Adicionalmente, en las precisiones preliminares del alegato de conclusiones (folios 55 a 208 del cuaderno principal No. 2), CEPCOLSA hace énfasis en que el objeto de la litis se circunscribe a un problema de interpretación del contrato de asociación Caracara.

A partir de las consideraciones de las partes que se han referido, llega el Tribunal a las siguientes conclusiones: (i) no existe conflicto entre ellas sobre la existencia y validez del contrato y de las cláusulas a las cuales se refieren las pretensiones objeto de análisis, aunque (ii) HUPECOL, a pesar de expresar su convicción sobre esas condiciones del contrato y de sus cláusulas, hace énfasis en que un pronunciamiento como el que pretende la demanda desborda el ámbito marcado a este Tribunal por el compromiso y (iii) CEPCOLSA, aún cuando no se opone a la primera pretensión, de manera genérica, manifiesta oponerse a la segunda y a la séptima.

Entonces, con el fin de dilucidar si las declaraciones que solicita ECOPETROL en las pretensiones primera, segunda y séptima de la demanda reformada son procedentes, el Tribunal las ha confrontado con el texto del compromiso, para concluir que, efectivamente, carece de competencia para pronunciarse sobre ellas. De esta manera, respecto de estas pretensiones se abstendrá de pronunciarse, sin

perjuicio de destacar, además, que según el análisis precedente, sobre los temas a los que ellas se refieren no existe conflicto.

### **3. TERCERA, CUARTA Y SEXTA PRETENSIONES**

Las pretensiones que se analizan en este capítulo de los considerandos del laudo, tienen estrecha conexión entre sí, como que la cuarta y la sexta dependen de lo que se decida en la tercera pretensión. Por esta razón el Tribunal hará los análisis necesarios para tomar su decisión respecto de ellas teniendo en cuenta la relación de dependencia que tienen.

En la tercera pretensión ECOPETROL ha solicitado que este Tribunal de Arbitramento se declare que:

... en virtud de lo establecido en la Cláusula 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.

Luego de confrontar esta pretensión con el texto del pacto compromisorio (otrosí al contrato de asociación Caracara) el Tribunal encuentra que ella traduce el desacuerdo entre las partes en cuanto a la interpretación del contrato de asociación, relativo a la “distribución de la producción obtenida en las pruebas extensas para efecto de la recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración”, interpretación que constituye una de las razones de ser de este Tribunal de Arbitramento. Procede, entonces el Tribunal a analizar la interpretación que tanto ECOPETROL como HUPECOL y CEPOLSA han dado al contrato en esta materia, para luego proceder a definir lo que corresponda:

La interpretación de ECOPETROL:

En la demanda:

En los hechos 4, 5 y 10 de la demanda ECOPETROL expresa, desde su punto de vista, los enfoques divergentes que esta entidad estatal y HUPECOL tienen en relación con el régimen contractual relativo a la distribución de los hidrocarburos obtenidos durante las pruebas extensas de producción, a partir de la cláusula 3.5 del Anexo B del contrato de asociación. Allí se afirma que mientras que esta disposición “... establece que el ciento por ciento (100%) de la producción de petróleo obtenida en las Pruebas Extensas de Producción (después de descontado lo que establece el Contrato, por concepto de regalías, etc.) debe imputarse al reembolso del treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración de cada pozo”, la interpretación de HUPECOL, que sustenta la demanda en el hecho 10 con la transcripción de apartes de

un concepto de Baker y Mackenzie del 10 de marzo de 2005 que obra en el expediente, se centra en que:

... a pesar de lo dispuesto en dicha cláusula, solamente el treinta por ciento (30%) de la producción de petróleo obtenida en tales Pruebas debe imputarse al reembolso del treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración de cada pozo. Lo anterior, por cuanto HUPECOL considera que el treinta por ciento (30%) del petróleo producido en Pruebas Extensas le pertenece a ECOPETROL, quien tiene la obligación de efectuar el reembolso y que el setenta por ciento (70%) restante de dicha producción le pertenece (a la Asociada) en virtud de la Cláusula 14 del Contrato, y por lo tanto no debe ser considerada como parte del reembolso.

Igualmente, ECOPETROL trae a colación, en el hecho 11 de la demanda, la comunicación que dirigió a HUPECOL el 2 de junio de 2005, de la cual transcribe varios apartes.

Además, ECOPETROL analiza el régimen de propiedad de los hidrocarburos en Colombia y reivindica este derecho para la Nación respecto de los que se obtengan durante las pruebas extensas de producción, en el contexto de la normativa intrínseca del contrato de asociación Caracara, todo ello para concluir:

.... La propiedad de la Nación sobre los hidrocarburos (cuyos contratos de asociación están sometidos al régimen recién descrito) se mantiene incólume en la etapa de exploración del Contrato de Asociación. El derecho a explorar de los Asociados, por se no confiere la propiedad del crudo durante este etapa, ya que la propiedad continúa en cabeza de la Nación. En el caso que nos ocupa, el crudo producido en Pruebas Extensas (indiscutible actividad exploratoria) fue comprometido y destinado por ECOPETROL (a través de claras disposiciones contractuales) en su totalidad, al reembolso de los Costos Directos de Exploración, todo lo cual es coherente con el marco constitucional y legal reseñado en la presente demanda.



Es entonces claro que ECOPETROL, en el marco del Contrato, decide utilizar todo ese petróleo (producido en Pruebas Extensas, que se desarrollan dentro de la Etapa Contractual de Exploración) para reembolsar a la Asociada el treinta por ciento (30%) de los llamados Costos Directos de Exploración. Es definitivo comprender que el petróleo, en ese punto de ejecución contractual (exploración), continúa perteneciendo a la Nación, puesto que no han comenzado, ni cronológica ni técnica ni jurídicamente las etapas de explotación petrolera (Cuenta Conjunta o Solo Riesgo) que es cuando el Contrato de Asociación (expresamente) otorga algún título de propiedad a la Asociada para poderlo explotar, en las proporciones que son expresa y específicamente reguladas por el Contrato, en cada una de dichas etapas. En este punto, es menester explicar, que también excepcionalmente, cuando estando en la ejecución y práctica de las Pruebas Extensas de Producción se logre el reembolso del treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración, el Contrato de Asociación permite que ECOPETROL y la Asociada comiencen a distribuirse la producción de crudo en las proporciones de treinta por ciento (30%) para ECOPETROL y setenta por ciento (70%) para la Asociada. Pero se repite, solamente cuando ya se haya logrado el reembolso del tantas veces mencionado treinta por ciento (30%) de los Costos Directos de Exploración (folios 18 y 19 de la demanda inicial).

Finalmente, la demanda invoca la normativa del Código Civil, particularmente el artículo 1622, inciso 1, para llegar a confirmar su posición en relación con la forma como ha de distribuirse el crudo que se obtenga durante las pruebas extensas, a través de una interpretación sistemática del contrato.

En el alegato de conclusiones:

En su alegato de conclusiones ECOPETROL expresa que ha quedado probado a lo largo del proceso que la cláusula 3.5 del Anexo B del contrato de asociación Caracara es lo suficientemente clara como para hacer innecesario entrar a indagar sobre la intención de las partes cuando la pactaron. Dentro de esta línea argumental se destaca:

- ❖ ECOPETROL afirma que “Cepcolsa reconoció que la cláusula 3.5 es clara; la disconformidad de Cepcolsa radica en que según su criterio, la cláusula no refleja la filosofía del contrato”, lo que ha llevado tanto a CEPCOLSA como a HUPECOL a argüir que el contrato debe interpretarse conforme a su espíritu (folio 4 del cuaderno principal No. 2);
  
- ❖ ECOPETROL analiza varias de las pruebas testimoniales que obran en el expediente y concluye que ellas corroboran su posición en relación con la interpretación del contrato en lo que hace a los hidrocarburos que se extraigan en el curso de las pruebas extensas de producción;
  
- ❖ Invoca jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “según la cual la intención de las partes de un contrato no se debe auscultar cuando la cláusula que se interpreta es fiel reflejo de la voluntad e intención de las partes” (folio 8 del mencionado cuaderno principal No. 2). Manifiesta que en el contrato de asociación Caracara la voluntad de las partes quedó claramente plasmada en su texto, lo que se probó en el proceso y concluye que, adicionalmente, “[E]sta afirmación encuentra sustento no solo en el hecho de que estamos en presencia de un contrato de adhesión, sino que también en el hecho de que Hupecol conoció y estudió el texto del contrato antes de su firma y nunca manifestó ninguna inconformidad con el mismo”;
  
- ❖ En este sentido resalta apartes de la declaración del testigo Gustavo Suárez, cuando recordó que en ocasiones ECOPETROL había negociado el destino de los crudos extraídos en ciertos campos. A partir de las negociaciones que llevó a cabo ECOPETROL con los distintos asociados, en la demanda se reclama la especificidad de cada uno de los que surgieron de las mismas y la imposibilidad de aplicar al contrato de

asociación Caracara analogía alguna con otros contratos suscritos por ECOPETROL;

❖ La cláusula 14 del contrato de asociación no consagra la fórmula general de distribución de hidrocarburos, puesto que la cláusula 3.5 del anexo B del contrato establece un régimen especial para la etapa exploratoria. Así lo considera probado ECOPETROL a partir de las declaraciones de los representantes legales de HUPECOL y CEPCOLSA y así como de algunos testimonios que obran en el expediente;

❖ La claridad que observa ECOPETROL en la cláusula 3.5 del Anexo B del contrato de asociación no significa que desdeñe la aplicación de la cláusula 14 del mismo. Simplemente, aclara, estas cláusulas regulan supuestos distintos, sin que existan contradicciones entre ellas. Así, se lee en el folio 14 del mencionado cuaderno:

Finalmente sobre el particular, quisiéramos aclarar que Ecopetrol no pretende aplicar la cláusula 3.5 del anexo B del contrato de manera 'aislada' al resto del contrato, como lo afirman las convocadas. Todo lo contrario. La interpretación de la cláusula 3.5 del Anexo B (que hace parte integral del contrato) se está llevando a cabo por parte de Ecopetrol de manera armónica con la cláusula 14 del contrato y con la ley. Como se ha dicho, cada cláusula regula una situación diferente. Si dejáramos de aplicar la cláusula 3.5 del Anexo B, el contrato quedaría con un vacío regulatorio en relación con la distribución de la producción de pruebas extensas.

Como ya se ha analizado, la cláusula 14 regula la distribución de la producción después de que ha habido pronunciamiento sobre la comercialidad. Entonces si no aplicamos la cláusula 3.5 ¿qué pasaría con la producción antes de que haya habido pronunciamiento sobre la comercialidad?...;

❖ De la etapa precontractual destaca ECOPETROL que durante la denominada Ronda 2000 se previó una serie de estímulos para los futuros asociados pero que la forma como se distribuiría la producción siempre se enfocó a partir del establecimiento de la comercialidad. Como pruebas de esta afirmación trae a colación el documento denominado “LA NUEVA POLÍTICA PETROLERA DE COLOMBIA”, la comunicación ECP. 395 suscrita por el doctor Alberto Calderón Zuleta, en la que se invitó a HUPECOL a explorar en Colombia y apartes de la declaración de parte del representante legal de CEPOLSA. Además, muestra cómo el propósito de la Ronda 2000 fue el de dar al contrato de asociación petrolero un nuevo enfoque que lo hiciera más atractivo para los inversionistas. Entre los cambios que comportó la Ronda 2000 estuvo el de aumentar la participación del asociado en la producción del 50% al 70%, un nuevo sistema de regalías variables, así como cambios en el “factor R”. Todos ellos significaron una mejora en las condiciones de los inversionistas que desvirtúa la tesis de que la interpretación de ECOPETROL en relación con la propiedad y distribución del resultado de las pruebas extensas hace ineficaces los intentos de la mencionada Ronda 2000 por atraer a los inversionistas privados al negocio petrolero en Colombia. Todo ello, según el texto de la demanda, se reflejó en el contrato Caracara que es más rentable para HUPECOL que lo que fueron contratos anteriores para las asociadas;

❖ La circunstancia de que durante la etapa exploratoria del contrato el riesgo hubiera sido asumido en un ciento por ciento (100%) por HUPECOL “no implica per se que lo que se produzca en esta etapa le pertenezca pues el objetivo de las actividades de la Asociada en esta etapa no es otro que dimensionar la capacidad productora del campo explorado (...)” (folio 26 del cuaderno principal No. 2), a lo que agrega:

Por lo demás, se hace necesario poner de presente al H. Tribunal que aunque en la fase exploratoria el riesgo sólo es de la convocada, Ecopetrol desde el principio de la relación contractual hace aportes en beneficio de la 'asociación'.

En la cláusula 5 del contrato Caracara se establece como obligación de Hupecol el 'Reprocesamiento de mínimo 200 kilómetros de sísmica existente'. Lo anterior implica necesariamente que Ecopetrol ha realizado actividades de sísmica en el área contratada, es decir ha hecho 'aportes' concretados en estudios de sísmica. Asimismo la cláusula 5.5 del contrato establece que 'ECOPEPOTROL (sic) suministrará a la ASOCIADA, cuándo ésta lo solicita, toda la información del Área Contratada que tenga en su poder'.

Estas cláusulas prueban que ECOPEPOTROL no sólo aporta lo fundamental: el subsuelo en donde existe la potencialidad de los hallazgos petroleros, sino que también aporta estudios técnicos que sirven para la exploración y explotación del área objeto del contrato...

❖ Una de las ventajas del contrato de asociación Caracara, en relación con otros contratos, que resalta ECOPEPOTROL, fue la mejora que introdujo en el flujo de caja de HUPECOL, la cual prueba con la transcripción de algunos de los testimonios que forman parte de las pruebas allegadas al proceso.

Las demandadas HUPECOL y CEPOLSA:

La contestación de la demanda reformada por parte de HUPECOL:

En el escrito de contestación a la demanda que obra a folios 262 a 330 del cuaderno principal No. 1, HUPECOL deja clara la interpretación del contrato de asociación Caracara que ha guiado su postura a lo largo del conflicto que está llamado a resolver este Tribunal. Parte del concepto

de que el contrato es claro si se interpreta "... como un todo (que no a partir de frases sueltas), de los antecedentes del contrato, del objetivo explícito fijado por ECOPETROL y el Ministerio de Minas" (folio 272). Dentro de ese marco interpretativo concluye HUPECOL que al ser las pruebas extensas parte del período de exploración que regula el contrato, todo lo que ocurra en ellas, en cuanto a inversiones y riesgo, corre, en principio, a cargo de la asociada, es decir, HUPECOL, pero que la cláusula 3 del Anexo B, se incluyó para permitir a ECOPETROL una participación en los ingresos de las pruebas extensas, de manera que "lo que se pactó fue simplemente extender la regla 70-30 a toda producción obtenida, aun si se estaba en etapa de exploración, lo que es lógico, razonable, pero sobretodo coherente con lo que ECOPETROL ofreció a mi poderdante en forma previa a la suscripción del contrato" (folio 272). Pero, advierte, "..., para mejorar la situación de caja del particular, se pactó igualmente que el asociado podría tomar en esas pruebas extensas, la totalidad de la producción, acreditando el porcentaje del 30% de ECOPETROL al reembolso ya mencionado" (folio 272).

Agrega que "... la tesis de ECOPETROL lleva al absurdo financiero de que el asociado se reembolsa el 30% de los costos directos en que ya incurrió, no con la parte de producción que le corresponde a ECOPETROL sino con su propio dinero, con lo cual, al final del día ECOPETROL solo le reembolsaría el 9% en lugar del 30%" y se diferiría la recuperación a que tiene derecho HUPECOL con el consiguiente rompimiento del equilibrio financiero del contrato, todo lo cual implica que ECOPETROL estaría viniendo contra sus propios actos y contra la estabilidad de las "reglas del juego y la seriedad del Estado Colombiano (sic)" (folio 273).

Dentro de su análisis de la etapa precontractual HUPECOL resalta las modificaciones a los contratos de asociación petrolera a partir de la denominada Ronda 2000. Desde entonces, si bien se mantuvo el riesgo exploratorio en la asociada, se introdujeron una serie de mejoras a su

condición y “se ofrece mejorar el flujo de caja de la Asociada permitiéndole tomarse el 100% de la producción en Pruebas Extensas para recuperación y reembolso de los Costos Directos de Exploración, cuyo beneficio es vender el 30% de la producción que le corresponde a ECOPETROL, para con esos ingresos reembolsarse” (folio 277).

Igualmente, la contestación de la demanda hace énfasis en que fue en ese contexto que “HUPECOL recibió una propuesta de ECOPETROL y que se vinculó al suscribir el contrato de asociación Caracara, del cual ha surgido el presente litigio” (folio 277). En síntesis, para HUPECOL la distribución de riesgos y beneficios que se planteó en la Ronda 2000 fue la causa de la vinculación de HUPECOL al contrato de asociación objeto de este proceso.

Dentro de esta línea argumental que desarrolla HUPECOL, se lee en el escrito mencionado (folios 278):

Dejemos entonces sentado como premisa que el contrato de asociación propuesto en la Ronda 2.002 (sic) tenía como objetivo principal y fundamental estimular la inversión extranjera en exploración para recuperar el rezago del país, para lo cual se garantizó una recuperación acelerada de las inversiones al particular y la posibilidad de mejorar su flujo de fondos por vía de la disposición de la totalidad del ingreso en ciertas condiciones,...

Dentro de esos cambios, conviene relatar el relacionado con las Pruebas Extensas de Producción, donde la regulación contractual establecida tenía la única finalidad de mejorarle al inversionista el flujo de caja y de esta manera permitirle tomar el 100% de la producción.

En efecto, dentro de esa política de atracción de la inversión extranjera, que partía por modificar el esquema de distribución de producción, del 50-50 anterior al 30-70, ECOPETROL ofreció al particular la posibilidad de tomar la totalidad del ingreso obtenido en la producción de pruebas extensas, para iniciar el proceso de recuperación y reembolso de sus costos, pero sin que en ningún momento ello implicara, como aquí lo pretende ECOPETROL, que ese particular renunciara a su

participación en la producción, verdadera causa eficiente de su vinculación al país, pues entonces no habría recuperación alguna y el reembolso efectivo de ECOPETROL sería nulo.

De la Ronda 2.000 se destaca el Protocolo de Oferta Final que se presentó por ECOPETROL a los posibles inversionistas, a partir del cual HUPECOL hace las siguientes consideraciones (folio 289 del cuaderno principal No. 1):

En el denominado 'Protocolo de Oferta Final' para la Ronda 2.000, que ECOPETROL presentó a los posibles inversionistas (documento incorporado al expediente), se afirmaba en Enero de 2.000 que 'El Contrato B aplicado aquí es básicamente el nuevo Contrato de Asociación aprobado por la Junta Directiva de ECOPETROL en Diciembre de 1999'.

Se agregaba, precisamente a efectos de describir el sistema de distribución de riesgos propuesto, que 'A cambio, LA ASOCIADA tendrá el derecho de recibir su parte de la producción de acuerdo con los términos definidos en el presente Protocolo y en la minuta del contrato anexa'.

La filosofía del contrato y la intención de ECOPETROL, que en su momento HUPECOL aceptó, era 'Una vez que se haya hecho un descubrimiento y ECOPETROL aprueba la comercialidad de éste, ECOPETROL tendrá derecho de entrar a participar en ese Campo, con un interés económico directo del 30%'.

En otras palabras, que hasta la comercialidad ECOPETROL reconocía expresa y anticipadamente, que no tenía NINGUN DERECHO en la actividad exploratoria, con lo cual no podría siquiera pretender participar en los ingresos de la prueba extensa que es parte incuestionable de la etapa exploratoria.

Adicionalmente, como soporte de su postura interpretativa, HUPECOL no solo hace mención de distintas cláusulas del contrato, sino que se refiere al contrato de asociación Tambaquí, suscrito entre las mismas partes con anterioridad a la Ronda 2.000, donde se pactó, en el numeral



3.2 del anexo de operación, que el producto de las pruebas extensas se repartiría de acuerdo con la cláusula 14 del contrato. A partir de esta mención HUPECOL afirma (folios 279 y 280 del cuaderno principal No. 1) que:

De bulto surge que no sería coherente con la evolución que viene de presentarse como tampoco con los objetivos de ECOPETROL ni con la propuesta hecha a HUPECOL, que el contrato de asociación Caracara, fruto del proceso de mejoramiento de las condiciones de inversión, fuera a resultar estableciendo un sistema más gravoso que el anterior, precisamente en la etapa del contrato donde la asocia (sic) efectúa mayor esfuerzo financiero.

También invoca HUPECOL, como herramienta interpretativa, la política de ECOPETROL en los contratos de asociación anteriores a 1999 sobre la distribución de producción. Así, se lee en el folio 19 del escrito que obra a folio 280 del cuaderno principal No. 1:

En los contratos originales de asociación (año 1974), la producción proveniente de las pruebas extensas de producción (después de regalías) entraba a formar parte de los costos/ingresos de la etapa exploratoria. Posteriormente en las modificaciones a los contratos de asociación de los años 1989, 1994 y 1995 y a través del Anexo B que cambia de ser un 'Procedimiento de Contabilidad' a un 'Acuerdo de Operación', la distribución de la producción proveniente de las pruebas de producción de los pozos exploratorios se realizaba de acuerdo con la Cláusula 14 del Contrato, es decir 50% para LA ASOCIADA Y 50% para ECOPETROL.

Otra forma como HUPECOL busca ilustrar la intención de las partes al contratar es invocando la presentación denominada Política Petrolera que el Ministerio de Minas hizo en 2001 en la ciudad de Medellín. Destaca de ella la diapositiva 8 que se refiere al aceleramiento en la recuperación de las inversiones y la denominada diapositiva "los intereses de las partes en la explotación", donde se fija la distribución de la producción

en los porcentajes 30-70, sin excepciones como las que ha venido sosteniendo ECOPETROL.

El alegato de conclusiones de HUPECOL:

Durante la audiencia que tuvo lugar el 31 de marzo de 2009 y en escrito que obra a folios 251 a 376 del cuaderno principal No. 2, HUPECOL desarrolló los argumentos sobre los cuales estructuró su defensa y realizó un análisis probatorio con base en el cual reitera la validez de la interpretación que ha venido dando al contrato de asociación Caracara, en cuanto a la distribución de los hidrocarburos obtenidos durante las pruebas extensas de producción.

Parte de interpretar las disposiciones contractuales a las que se refieren las pretensiones objeto de análisis en esta parte del laudo armónicamente, “tomando en principio las cláusulas 9 y 14.2, para integrarlas con los numerales 3.5 y 17 del anexo B, pero analizadas estas de manera integral y conforme la voluntad de las partes, muy especialmente de la misma ECOPETROL y los ofrecimientos que en la etapa precontractual esta hizo a LA ASOCIADA” (folio 297 del cuaderno principal No. 2).

Considera que la interpretación aislada y literal que ha hecho ECOPETROL del contenido de la cláusula 3.5 del anexo B del contrato de asociación Caracara contraría las reglas de interpretación de los códigos Civil y de Comercio, así como la real intención de ambas partes y la causa del acuerdo de voluntades, entendida en el sentido que actualmente le confieren la doctrina y la jurisprudencia y que HUPECOL sintetiza en su alegato de conclusiones en los siguientes términos (folio

312 del mismo cuaderno): “La causa de la obligación en el contrato sinalagmático no es en realidad la obligación recíproca sino el cumplimiento de la obligación recíproca”.

Analiza de manera detallada el sentido que tiene, dentro de la hermenéutica jurídica, la indagación de la real voluntad de las partes aún en aquellos contratos cuyas estipulaciones son claras, especialmente en contratos cuya naturaleza, como es la del contrato de asociación Caracara, es de adhesión y de riesgo compartido.

En desarrollo de esta línea argumental HUPECOL destaca los antecedentes del contrato de asociación Caracara, para demostrar cómo ECOPETROL se vio obligado a modificar las condiciones de sus virtuales asociados por las condiciones poco atractivas de sus contratos de riesgo compartido antes de 2001. Analiza las actas de la Junta Directiva de ECOPETROL y varios documentos a través de los cuales se promovieron las reformas al contrato de asociación entre los inversionistas extranjeros. A partir de ellos concluye que una de las mejoras que se destacaron en la etapa precontractual fue la de mejorar el flujo de caja de las futuras asociadas durante la exploración, permitiendo que ellas destinaran el 100% del crudo obtenido durante las pruebas extensas a la recuperación o reembolso de los costos directos de exploración. Así se lee en el folio 270 del cuaderno principal No. 2:

Los nuevos términos contractuales mantienen el riesgo exploratorio en la Asociada y establecen lo siguiente:

- a) Una participación de ECOPETROL del 30% en la producción, la cual aumenta después de una producción acumulada de 60 millones de barriles, momento en el cual se empieza a calcular el Factor R y el efecto que éste tiene en la distribución de la producción.

- b) Reducción de las regalías por debajo del 20% cuando la producción es inferior a 125 barriles por día. Para producciones menores de 5.000 BPD las regalías son del 8%. Para producciones entre 5.000 y 125.000 BPD las regalías aumentan linealmente hasta el 20%. Si la producción está entre 125.000 y 400.000 BPD las regalías son el 20% las cuales aumentan linealmente hasta el 25% cuando se llega a una producción de 600.000BPD (Ley 756 de 2002 artículo 16).
- c) Se reformó el sistema de depreciación de las inversiones para que fuera en línea recta a cinco años, mejorando la economía de los proyectos.
- d) Se ofrece mejorar el flujo de caja de la Asociada permitiéndole tomarse el 100% de la producción en Pruebas Extensas para recuperación o reembolso de los Costos Directos de Exploración.

De la denominada RONDA 2.000 se destaca en los alegatos de conclusión de HUPECOL:

*La filosofía del contrato y la intención de ECOPETROL, que en su momento HUPECOL aceptó, era 'Una vez que se haya hecho un descubrimiento y ECOPETROL apruebe la comercialidad de éste, ECOPETROL tendrá derecho a entrar a participar en ese Campo, con un interés económico directo del 30%.*

*En otras palabras hasta la comercialidad ECOPETROL reconocía expresa y anticipadamente, que en principio no tenía NINGÚN DERECHO en la actividad exploratoria (folio 272 del cuaderno principal No. 2).*

A lo anterior se agrega en el escrito de alegatos de HUPECOL, en relación con la RONDA 2.000 (folio 275 del mencionado cuaderno):

También se observa, que como en las Pruebas Extensas de Producción todavía no hay declaratoria de Comercialidad y por ende, tampoco Cuenta Conjunta, era bastante cuestionable la posibilidad en participar en la producción por parte de **ECOPETROL**, sin efectuar ninguna inversión, por esta razón se volvió costumbre que **LA ASOCIADA** solicitara a **ECOPETROL** autorización para tomar el 100% de estas Pruebas Extensas y así mejorar su flujo de caja para realizar el 100% de inversiones y ECOPETROL, vía comunicación, lo aceptaba.

Esta fue la razón de ser de la modificación de los Contratos de Asociación en la 'Ronda 2.000' en la cual, para estimular al inversionista, se le permitió tomar el 100% de la producción.

Concederle a La ASOCIADA la autorización y el derecho de tomar el 100% de la producción en esta etapa fue una estrategia del Estado que le dio al inversionista un mayor flujo de caja. Una vez declarada la comercialidad se efectuaban las respectivas cuentas y se Reembolsaba la inversión en la Exploración con la parte pertinente del crudo de propiedad de ECOPETROL. En Contratos de Asociación tales como: Alcaraván suscrito en 10093; Bocachico, (1994); Boquerón (1995); Bolívar (1996); Tambaquí (1998) aparece la referida Cláusula 3 del Anexo B en términos muy similares.

Además, al hacer el balance de los contratos anteriores a aquellos que se suscribieron como fruto de la denominada "Ronda 2.000", HUPECOL hace énfasis en que históricamente la asociada "siempre tuvo la propiedad sobre el crudo obtenido durante las pruebas extensas", y por ello "no tendría sentido alguno que cuando se pretende mejorar las condiciones del inversionista, la solución planteada pudiera ser la de quitarle todo derecho sobre esa producción" (folio 281).

Luego de hacer varias reflexiones sobre el sentido de las expresiones reembolso y recuperación, referidas a los costos directos de exploración en el contrato de asociación Caracara, concluye que durante las pruebas extensas: "el único concepto aplicable es 'recuperación', a menos que uno acepte que en ellas Ecopetrol tiene ya la obligación de pagar, que es en lo que consiste el Reembolso. Sabemos por la definición contractual que 'Reembolso' es un pago que hace Ecopetrol. Pero no cualquier pago, sino el del 30 % de los Costos Directos de Exploración" (folio 340 del cuaderno principal No. 2), a lo que agrega (ver folios 341 y 342 del mismo cuaderno):

Como pago es el cumplimiento de la prestación, necesitamos saber cuando resulta exigible la prestación. Y el contrato lo dice con claridad: en comercialidad, de manera automática; los demás casos son de recuperación.

Es por eso que cuando Hupecol dice que la cláusula 3.5 se interpreta a la luz de las cláusulas de comercialidad, lo hace con plena consistencia, puesto que en el contrato de Asociación Caracara la decisión fue de comercialidad. No hizo el análisis del solo riesgo, porque no era su caso, en su momento: pasó a comercialidad

“....

“El argumento crítico es el siguiente: como el interés en la operación es ‘la participación en las obligaciones y derechos que cada una de las partes adquiere en la exploración y explotación’, este interés en la exploración, no lo adquiere Ecopetrol gratuitamente, sino cuando, para su reembolso, se cargan los costos de exploración previos a la comercialidad, en la cuenta conjunta, o cuando la Asociada los recupera en Solo Riesgo, porque aquí también tiene Ecopetrol un interés que fluctúa entre 0 y 100, dependiendo del Factor R.

Y en sólo riesgo Ecopetrol no adquiere interés en la operación por virtud de ningún Reembolso, ni tiene obligación de ocuparse de la recuperación de costos, salvo una auditoría, quizás. El interés en la operación, para Ecopetrol en sólo riesgo, surge luego de la recuperación de los costos directos de exploración en el porcentaje establecido en el contrato.

Pero esta definición sobre si lo aplicado fue bajo el concepto reembolso o recuperación es posterior al manejo del 100% de la producción “tomada” por la Asociada, que tiene derecho a tomarla toda mientras no se sepa qué pasará, y este tomarla toda coincide con el argumento del flujo de caja.

En el caso concreto de Caracara, definida la comercialidad se aplica la cláusula 22.2 y esta ratifica que el Reembolso no es mayor al 30% y que se aplica a los Costos Directos de Exploración, como si dijéramos retroactivamente.

Por cierto que Hupecol aceptó que esa aplicación no fuera retroactiva, sino desde el primer momento, pero eso no es dejar de reconocer derechos a Ecopetrol, sino reconocerle más. En otras palabras Hupecol tomó desde el primer momento la posición concordante con el evento futuro denominado 'comercialidad', sin estar obligada a ello; pero esa posición hizo mas lento el período de 'recuperación'; aún así, Hupecol no tiene ningún reclamo que presentar por eso, ello fue su propia decisión:

Igualmente, reflexiona sobre la prevalencia del texto del contrato sobre el de sus anexos y cierra el análisis de la distribución del crudo obtenido en pruebas extensas con consideraciones de carácter financiero sobre la postura interpretativa de ECOPETROL y el absurdo que ella comporta en el contexto del contrato de asociación Caracara.

En materia probatoria HUPECOL analiza de manera detallada la prueba documental constituida por las actas de la Junta Directiva de ECOPETROL, los documentos de la Ronda 2000, los estudios elaborados por la Contraloría General de la República sobre la política petrolera y las modificaciones que se introdujeron a ella a partir de la Ronda 2000 y otros contratos de asociación que fueron aportados. Asimismo otorga especial importancia a la declaración de parte que rindiera el representante legal de HUPECOL y a la declaración de doña Martha Patricia Severino.

La demandada CEPCOLSA:

En la contestación de la demanda:

CEPCOLSA se opone a la prosperidad de esta pretensión, hace un análisis de la política petrolera de Colombia y del contrato de asociación

antes de la denominada Ronda 2000 y resalta cómo el sistema de contratación vigente en 1994 hubo de ser modificado para incrementar la inversión en el sector. Entre los aspectos que se replantearon en ese momento aparece el de los costos de exploración. Posteriormente, en 1999 se hace necesaria una nueva reforma para motivar la inversión privada. Una de las herramientas que se previó entonces fue la de ofrecer:

... mejorar el flujo de caja de La Asociada permitiéndole tomar el 100% de la Producción en Pruebas Extensas para recuperación y reembolso de los Costos Directos de Exploración, cuyo beneficio es vender el 30% de la producción que le corresponde a ECOPETROL, para con esos ingresos reembolsarse los Costos Directos de Exploración que corresponden a ECOPETROL. (folio 334 del cuaderno principal No. 1)

Dentro del análisis evolutivo del contrato de asociación petrolera, CEPCOLSA reflexiona sobre la aparición y evolución de la noción de pruebas extensas y de la distribución del crudo en ellas obtenidas para mostrar cómo la cláusula 3 del anexo B del contrato de asociación Caracara es diferente a la regulación que sobre el tema hacían contratos anteriores. Diferencia que, a su juicio, se orientó a:

a) Otorgarle a La Asociada la posibilidad de comenzar a recuperar los Costos Directos de Exploración con las Pruebas Extensas de Producción ANTES de la aceptación de la comercialidad, como excepción a lo establecido en el numeral 9.2 de la Cláusula 9 del Contrato que prevé lo siguiente:

[sigue cita textual del contrato]

Obligar a ECOPETROL a reembolsar los Costos Directos de Exploración de las Pruebas Extensas de Producción con el 100% de la producción que a ECOPETROL le pertenece conforme al Contrato (que es del 30%) y no con el 50% de su



producción como ocurre en la Comercialidad, conforme lo dispuesto en el numeral 9.2.3 de la Cláusula 9 del Contrato. (ver folios 5 y 6 del escrito que obra a folios 335 y 336 del cuaderno principal No. 1).

En relación con la interpretación de la cláusula 3.5 del anexo B del contrato de asociación Caracara, niega que la que le atribuye ECOPETROL en la demanda sea cierta y afirma que comparte en un todo la que ha venido sosteniendo HUPECOL. Con el fin de “evitar equívocos”, ilustra su posición y la de HUPECOL a partir del análisis de la cláusula 1 (1.4.) del contrato de asociación Caracara), en concordancia con la cláusula 4 en cuanto ella define las pruebas extensas para, a partir de allí, afirmar que la “correcta interpretación del numeral 3.5 de la cláusula 3 del anexo B del contrato objeto de este laudo es:

1. Una vez declarada la comercialidad, la única excepción al Reembolso del 30% de los Costos Directos de Exploración de cada nuevo Campo Comercial, es cuando ya se hubiere cargado a otro Campo.
2. La recuperación y reembolso de los Costos Directos de Exploración de las Pruebas Extensas de Producción se hace con el 100% de la producción y con anterioridad a la declaratoria de Comercialidad.
3. Si bien las Pruebas Extensas de Producción se encuentran en la etapa exploratoria, en ellas existe una realidad práctica que deriva la existencia de producción y por tal motivo se acepta su recuperación o reembolso de manera anticipada.

En conclusión, si ECOPETROL decide participar en el Contrato de Asociación, tal participación implica que la efectúa tanto en costos como en producción e instalaciones en los porcentajes acordados en el Contrato, es decir, con su 30% de su producción y no con el 100%, como equivocadamente pretende hacerlo ver al Tribunal de Arbitramento.

A lo que agrega en la página 17 del escrito (folio 347 del cuaderno principal No. 1):

En CONCLUSIÓN, la correcta interpretación sistemática a todas las cláusulas transcritas del Contrato de Asociación Caracara, y por ende la única interpretación posible para la Cláusula 3 numeral 3.5 del Anexo B, es la siguiente:

ECOPETROL debe reembolsar a La Asociada el 30% de los Costos Directos de Exploración proveniente de las Pruebas Extensas de Producción, reembolso que no puede deducirse del 100% de la producción de Pruebas Extensas, sino del 30% que corresponde a ECOPETROL, ya que la totalidad de la producción no es propiedad de ECOPETROL sino 70% propiedad de La Asociada. Dicho reembolso debe hacerlo ECOPETROL antes de la declaratoria de Comercialidad del Campo y con el 100% de la producción que le pertenece.

Igualmente, en su contestación a la demanda corregida, CEPCOLSA se refiere a la naturaleza del contrato de asociación Caracara como contrato de adhesión y hace énfasis en la necesidad de una interpretación de este acuerdo de voluntades conforme a la intención de las partes en cuya formación tuvo papel preponderante la denominada Ronda 2000. Además, recalca la preponderancia del texto del contrato sobre el anexo B.

En cuanto concierne al medio de defensa que se denomina en la contestación a la demanda de CEPCOLSA, "PENALIZACIÓN O CASTIGO POR PARTE DE ECOPETROL A LA ASOCIADA QUE EN FORMA EFICIENTE RECUPERA SUS COSTOS ANTES DE LA DECLARATORIA DE COMERCIALIDAD" , afirma que las pruebas extensas se practican en beneficio de ECOPETROL y que la interpretación que pretende ECOPETROL de la cláusula 3.5 del anexo B causa un impacto negativo en la asociada.

Finalmente, la CEPCOLSA afirma que si bien los hidrocarburos pertenecen a la Nación, los contratos de asociación confieren a la asociada, desde su suscripción, un interés económico en ellos.

En el alegato de conclusiones:

En el escrito que obra a folios 55 a 250 del cuaderno principal No. 2, CEPCOLSA reitera los argumentos expuestos en la contestación a la reforma de la demanda y coincide en gran parte con lo expuesto por HUPECOL en sus alegatos de conclusión. Asimismo. Insiste en la necesidad de hacer una interpretación sistemática de las normas contractuales para efectos de la distribución de los hidrocarburos que se extraen en el curso de las pruebas extensas, interpretación que debe tener en cuenta la voluntad de las partes y los antecedentes que muestran la evolución de la postura de ECOPETROL en esta materia.

Como fundamento de su postura argumental, CEPCOLSA hace especial referencia a la circunstancia de que en contratos anteriores a la Ronda 2000 ECOPETROL accedió a las solicitudes de varias asociadas y les permitió tomar el 100% del producto de las pruebas extensas para cubrir los costos directos de exploración. En ese sentido confiere especial importancia a ciertas actas de la Junta Directiva de ECOPETROL [especialmente el actas números 2229 de 18 de febrero de 2000 y 2246 del 10 de noviembre de 2000], a comunicaciones emanadas de ECOPETROL [ASO-000078 de 14 de febrero de 2000], a la declaración de parte que rindió el representante legal de HUPECOL y a declaraciones como las de los ingenieros Álvaro Rocha y Víctor Hugo Franco, la de la doctora Martha Patricia Severino, donde, a su juicio, queda claro que la

intención de ECOPETROL al suscribir los contratos posteriores a la Ronda 2000 fue la que hoy sostienen HUPECOL y CEPOLSA. En la misma línea argumental destaca la modificación que se introdujo en este sentido al contrato de asociación Tambaquí, suscrito entre HUPECOL y ECOPETROL [otrosí del 15 de enero de 2001].

**Posición del Ministerio Público:**

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:

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).

**Consideraciones del Tribunal:**

Como quiera que en el presente proceso finalmente lo que se discute es la interpretación del Contrato de Asociación Caracara celebrado inicialmente entre HUPECOL y ECOPETROL, 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.

## Los principios de interpretación

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”.

De esta manera, de acuerdo con el texto legal, lo fundamental en materia de interpretación de contratos es la intención de las partes. Ahora bien, lo normal es que las partes al expresar su voluntad revelen dicha intención y es por ello por lo que en principio debe acudir al texto del contrato en busca de la misma, siendo claro en todo caso que si a pesar de un texto contractual claro se prueba que la intención de las partes es distinta, debe darse prelación a dicha intención, tal y como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 2005 en la cual expresó<sup>2</sup>:

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

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de febrero de 2005 (expediente No. 7504).

Es en este contexto que debe interpretarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia del 5 de julio de 1983 (Magistrado Ponente Doctor Humberto Murcia Ballén)<sup>3</sup> expresó:

Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de los contratantes quedan 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).

La jurisprudencia que se acaba de citar no puede entenderse como la afirmación de que en materia de interpretación en todo caso debe acudirse al tenor literal, pues en todo caso si se prueba cuál es la intención de las partes, ella ha de prevalecer. La regla a la que alude dicha jurisprudencia es apenas una regla de presunción a favor del texto, cuando el mismo es claro y no se ha probado una intención contraria. En ese sentido obra el adagio "*in claris no fit interpretatio*". En efecto, señala la doctrina que esta regla no debe entenderse como exclusión de la interpretación en los casos de claridad – como a veces se afirma –, sino como presunción en favor del sentido literal<sup>4</sup>.

Desde este punto de vista es claro que la interpretación del contrato se distingue claramente de la de la ley, respecto de la cual el artículo 27 del

---

<sup>3</sup> Gaceta Judicial. Tomo 172, página 117.

<sup>4</sup> Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, página 400.

Código Civil establece "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

En materia de interpretación del contrato es importante destacar que en sentencia del 8 de febrero de 2008 la Corte Suprema de Justicia expresó:

Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido 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 autómata. Más concretamente, la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex autoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado 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, Diritto Civile, Tomo 3, Il contratto, Dott, A. Giuffré Editore, S.p.A. Míla, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenirlo 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.

Como se puede apreciar, 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. En este sentido no sobra recordar el sabio precepto del artículo 1618 del Código Civil el cual dispone que *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*. Por consiguiente, si no se logra establecer una intención común de las partes distinta al tenor literal, en principio debe el juez atenerse al texto del contrato, teniendo en cuenta los diversos elementos que el legislador establece para su interpretación.

A este respecto considera útil el Tribunal recordar los principios de contratación comercial internacional de Unidroit los cuales pretenden reflejar soluciones que corresponden al conjunto de los ordenamientos.

A tal efecto, los artículos 4.1 y 4.2 de dichos principios establecen:

ARTÍCULO 4.1

*(Intención de las partes)*

- (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.
- (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

ARTÍCULO 4.2

*(Interpretación de declaraciones y otros actos)*

- (1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.
- (2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en

circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Como se puede apreciar, dichos principios, al igual que el derecho colombiano, consagran que el Contrato debe interpretarse conforme a la intención común de los partes, pero al mismo tiempo establecen que si dicha intención no se puede establecer, las declaraciones deben interpretarse conforme al significado que una persona razonable hubiera atribuido a la declaración, lo que implica en materia de textos escritos atribuir a los mismos el significado que corresponde a su texto, sin perjuicio de que se acuda a criterios adicionales para despejar cualquier duda o ambigüedad.

Ahora bien, como ya se dijo, el legislador establece una serie de criterios en materia de interpretación de la ley, entre los cuales existen algunos cuyo contenido es claramente subjetivo, en la medida en que lo que persiguen es establecer la intención de las partes. En tanto que existen otros que la doctrina califica de objetivos, por cuanto ellos no tienen por propósito simplemente establecer la voluntad de las partes, sino determinar el contenido del contrato a través de otras reglas<sup>5</sup>.

En primer lugar, las partes pueden señalar cuál es el sentido genuino de su manifestación de voluntad contractual, realizando así una interpretación auténtica que en tanto tal será vinculante para el juez. Igualmente, dicha interpretación auténtica puede resultar de la ejecución misma del contrato. A tal propósito el artículo 1622 del

---

<sup>5</sup> En tal sentido, Ghestin, Jacques, Jamin, Christophe y Billiau, Marc, *Traité de Droit Civil. Les Effets du Contrat*. 2a. Ed. LGDJ. París. 1994, páginas 35 y siguientes; y Díez Picazo, Luis, ob. cit, página 395.

Código Civil prevé la posibilidad de acudir a la aplicación práctica que hayan hecho de las cláusulas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte. Una regla análoga consagra la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Así mismo se puede acudir a las estipulaciones de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

Adicionalmente, y aun cuando el Código Civil no hace referencia expresamente a ello, en la interpretación del contrato deberá tenerse en cuenta la etapa previa a la celebración del mismo en la medida en que ella pueden revelar la intención común de las partes. Así lo establece la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías cuando señala que "Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes" (artículo 8°, numeral 3°, en concordancia con el artículo 4.3). Igualmente lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en sentencia del 28 de junio de 1989 expresó:

...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.

Como lo señala la doctrina y la jurisprudencia<sup>6</sup>, para determinar el significado de un contrato el intérprete debe valorar la situación

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de febrero de 2008

jurídica, económica o social en la que las partes se encontraban al contratar – antecedentes –, la manera como el contrato fue elaborado – trabajos preparatorios – y la conducta de las partes en la ejecución del contrato. Los antecedentes permiten saber lo que las partes buscaban conseguir y los propósitos que las guiaron<sup>7</sup>. Sin embargo, los antecedentes del contrato deben examinarse cuidadosamente como elementos indicativos de la voluntad contractual, pues precisamente un proceso de negociación puede conducir a que las partes, en pos del acuerdo, abandonen posiciones previamente definidas.

Igualmente, el Código Civil establece en el artículo 1620 que el sentido en que una cláusula produzca efectos debe preferirse a aquél en que no produzca consecuencia alguna. Se trata igualmente de aplicar un criterio subjetivo de interpretación, en la medida en que debe presumirse que las partes al redactar un contrato no incluyen cláusulas inútiles. Ahora bien, en este punto la doctrina señala que una cosa es determinar el sentido de una cláusula, según que la misma produzca o no efectos, de conformidad con la interpretación que se adopte, y, otra bien distinta, es determinar cuáles deben ser los efectos que produce. Para determinar si son unos u otros, mínimos o máximos, habrá que acudir a otros criterios de interpretación<sup>8</sup>.

Estrechamente vinculado con el anterior es el criterio establecido en el artículo 1622 del Código Civil que impone interpretar las cláusulas de un contrato unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. En esta medida es fundamental

---

<sup>7</sup> Díez Picazo, Luis, ob cit. página 401.

<sup>8</sup> Díez Picazo, Luis, ob cit, página 397. Sacco, L'interpretazione. Trattato di Diritto Privato de Pietro Rescigno. Tomo 10. 1ª ed Uthet. Torino, página 434.

determinar el propósito perseguido por las partes al contratar, el cual debe articular el conjunto del contrato. Señala la doctrina<sup>9</sup> que para conocer el sentido de un contrato es preciso averiguar el sustrato económico sobre el que se funda, el juego de intereses que subyace en él y el intento práctico de la regulación que las partes han tratado de dar a estos intereses.

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.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española la naturaleza es la esencia y propiedad característica de cada ser. Igualmente, el Diccionario la define como *“Especie, género o clase”*. Desde este punto de vista la naturaleza de un contrato hace referencia a la esencia o característica propia del mismo, o a la especie, género o clase a la que pertenece. Lo anterior implica que las estipulaciones contractuales deben interpretarse teniendo en cuenta la esencia del contrato que se interpreta y en particular el género al cual pertenece.

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

---

<sup>9</sup> Díez Picazo, Luis, ob cit., página 404.

el sentido que corresponda a dichos elementos naturales del contrato. Este es el criterio que al respecto tenía Pothier<sup>10</sup>.

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.

En este sentido vale la pena destacar que la doctrina<sup>11</sup> ha señalado que la aplicación de la buena fe en materia de interpretación implica que los contratos han de ser interpretados teniendo en cuenta: a) una lealtad y una corrección en su elaboración, es decir, que las partes quisieron expresarse como personas honestas y no buscando confusiones u oscuridades; b) que el sentido que se le atribuya sea el más conforme a un desenvolvimiento leal de la relación, y c) los conceptos de confianza y autoresponsabilidad, por lo cual si una parte generó en la otra una

---

<sup>10</sup> Tratado de las Obligaciones. Ed Heliasta. 1978, página 61. Ver así mismo Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VI, Tomo 12, ed. 1979, página 24.

<sup>11</sup> Díez Picazo, Luis, ob, cit, página 398.

confianza con su declaración, en el sentido objetivamente atribuible a esa declaración, no puede después impugnar este sentido y atribuir otro. Las declaraciones deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que haya podido suscitar. No sobra destacar que este principio inspira la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías cuando ella señala en su artículo 8° que *“las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”*, pero que cuando tal criterio no fuera aplicable *“las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”*.

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.

Igualmente el segundo inciso de dicho artículo dispone que *“las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*. Esta regla (interpretación contra proferentem) constituye un complemento de la anterior y por ello opera en el mismo supuesto, esto es, cuando no se haya podido desentrañar la voluntad de las partes con las otras reglas de interpretación. Dicha regla constituye

una sanción que el ordenamiento establece para quien ha redactado una cláusula y ha incumplido el deber de claridad.

### **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.

Dilucidado lo anterior debe entonces el Tribunal proceder a determinar la interpretación correcta de la Cláusula objeto de la Controversia.

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 formula 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=  $1 \times 10^9$  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.

A este respecto debe recordarse que la cláusula 4.3. del Contrato precisa lo siguiente:

4.3. Campo Comercial: Es el Campo que ECOPETROL acepta que es capaz de producir hidrocarburos en cantidad y calidad económicamente explotables en uno o más Objetivos de Producción definidos por ECOPETROL en el momento de la aceptación de comercialidad, sin perjuicio de que en la etapa de explotación puedan encontrarse otros objetivos de producción.

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 Area 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.

Así mismo el numeral 9.2.3. establece:

El Reembolso de los Costos Directos de Exploración,... será hecho por ECOPETROL a LA ASOCIADA a partir del momento en que el Campo sea puesto en producción por el Operador, con el monto en dólares equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su participación directa en la producción total del respectivo Campo, después de deducir el porcentaje correspondiente a regalías (se subraya y destaca).

Los Costos Directos que son objeto de reembolso están definidos por la cláusula 4.6 que dispone:

**4.6 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 (el subrayado y el destacado no son del texto original).

Ahora bien, el Contrato define las Pruebas Extensas de Producción en la cláusula cuarta del Contrato de la siguiente manera:

**4.34 Pruebas Extensas de Producción:** Son las operaciones que se ejecutan en uno o varios Pozos de Exploración productores con el fin de evaluar las condiciones de producción y comportamiento del yacimiento, con instalaciones temporales de producción.

Agrega la Cláusula 3.4 del Anexo B del Contrato lo siguiente:

...Los costos incurridos por concepto de las Pruebas Extensas de Producción de cada Pozo de Exploración serán cargados como un mayor valor del respectivo

Pozo de Exploración y se tomarán como Costos Directos de Exploración...  
(subraya y destaca el Tribunal).

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.

Como ya se dijo, las reglas mencionadas sobre el reembolso de Costos Directos de Exploración sólo aplican una vez que se ha producido la declaratoria de Campo Comercial. A luz del Contrato antes de ese momento la Asociada por regla general no tiene derecho a reembolso alguno. Lo anterior corresponde al hecho de que la exploración es a riesgo de la Asociada.

Sin embargo, la cláusula 3.5 introduce una situación particular que es la que se examinará más adelante.

En efecto, en el Anexo B del Contrato se contemplan las reglas para los eventos en que se produce petróleo durante las pruebas extensas.

A este respecto la Cláusula 3ª del Contrato dispone:

#### CLÁUSULA 3 – PRUEBAS EXTENSAS DE PRODUCCION

3.4. **LA ASOCIADA** será responsable del ciento por ciento (100%) de los desembolsos incurridos durante la prueba de producción, incluidos los costos de transporte de los volúmenes de hidrocarburos correspondientes a regalías,

si es el caso, desde el Pozo de Exploración hasta el punto de entrega que las partes acuerden, conforme a la oferta de transporte aceptada por **ECOPETROL**. Los costos incurridos por concepto de las Pruebas Extensas de Producción de cada Pozo de Exploración serán cargados como un mayor valor del respectivo Pozo de Exploración y se tomarán como Costos Directos de Exploración (sin incluir soporte administrativo ni técnico de la casa matriz, ni oficinas centrales de la Compañía) para efectos de su recuperación o reembolso, de acuerdo con el origen de su desembolso.

3.5 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 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 provenientes de 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 (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** (se destaca y subraya).

De esta manera, es claro el Contrato en la forma como debía procederse con la producción de hidrocarburos en la etapa de exploración:

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.

Vale la pena destacar que no es posible afirmar que en el presente caso la Asociada es propietaria de los hidrocarburos obtenidos en la etapa de exploración y ECOPETROL no tiene derecho sobre ellos. En efecto, el Contrato no establece tal regla y por el contrario, las partes en el Anexo

B establecieron una regla particular para los Hidrocarburos producidos durante las pruebas extensas. Es por ello que no considera el Tribunal que sea aceptable afirmar, como lo hace la Asociada, que ella se estaba reembolsando con sus propios recursos.

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.

Vale la pena señalar que la parte demandada ha insistido en que la cláusula señala que el valor de los hidrocarburos obtenidos durante las pruebas extensas “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**”. A tal efecto ha insistido que en el contexto del Contrato son dos expresiones distintas y que en principio en la etapa de exploración no hay Reembolso. En efecto, el Reembolso es pago de los costos directos por parte de ECOPETROL, en tanto que la recuperación es la que realiza la Asociada de los costos en que incurre con los hidrocarburos que recibe.

Debe entonces el Tribunal precisar dentro del contexto referido cuál es el sentido que pueden tener estas dos expresiones.

A tal efecto considera conveniente destacar el Tribunal que además de la modalidad normal de explotación a la que se ha hecho referencia y que opera cuando se declara un Campo Comercial, el Contrato contempla como una de sus posibilidades la “Modalidad de Solo Riesgo”, para lo cual dispone:

Modalidad de Solo Riesgo: Si ECOPETROL no acepta la existencia de un Campo Comercial aún después de lo previsto en la Cláusula 9 (numeral 9.3), **LA ASOCIADA tiene derecho** a ejecutar, por su cuenta y riesgo, los trabajos que estime necesarios para la explotación de dicho Campo, de acuerdo con el Plan de Desarrollo presentado a ECOPETROL y las buenas prácticas de la industria petrolera internacional y a **recuperar el costo de tales trabajos y los Costos Directos en que haya incurrido** LA ASOCIADA antes de la fecha de pronunciamiento de ECOPETROL respecto de la comercialidad del respectivo Campo, que no hayan sido cargados anteriormente a otro Campo. Para los efectos de esta Cláusula **la recuperación de los costos antes mencionados se hará con la participación de LA ASOCIADA en los Hidrocarburos producidos del respectivo Campo**, menos las regalías de que trata la Cláusula 13, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 14 (numeral 14.2.3) de este contrato para la explotación bajo la Modalidad de Solo Riesgo.

En desarrollo de lo anterior las cláusulas 14.2.1 y 14.2.3 disponen en lo pertinente lo siguiente:

...Para los Campos explotados bajo la Modalidad de Solo Riesgo, la distribución de la producción una vez deducido el porcentaje de regalías es 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 del respectivo Campo alcance primero alguno de los límites de producción acumulada antes señalados....

14.2.3 Independientemente de la clasificación del Campo dada por ECOPETROL en la definición de comercialidad, por encima de los límites señalados en el numeral 14.2.1 la producción de cada Campo explotado bajo la Modalidad de



Solo Riesgo, de acuerdo con la cláusula 9 (numeral 9.5), previa deducción del porcentaje correspondiente a las regalías es propiedad de las Partes en la proporción que resulte de aplicar el factor R como se señala a continuación:

14.2.3.1. Si el Hidrocarburo que alcanzó primero el limite señalado en el numeral 14.2.1. de esta cláusula fue el Hidrocarburo líquido se aplicará la siguiente tabla:

FACTOR R	Distribución de Producción de después de Regalías (%)	
	ASOCIADA	ECOPETROL
0,0 a 1,5	100	0
1,5 a 2,5	$197,5 - (65R)$	$100 - (197,5 - (65R))$
2,5 o más	35	65

14.2.3.2. Si el Hidrocarburo que alcanzó primero el limite señalado en el numeral 14.2.1. de esta cláusula fue el Hidrocarburo gaseoso se aplicará la siguiente tabla:

FACTOR R	Distribución de Producción de después de Regalías (%)	
	ASOCIADA	ECOPETROL
0,0 a 2,0	100	0
2,0 a 3,0	$230 - (65R)$	$100 - (230 - (65R))$
3,0 o más	35	65

Se aprecia que cuando se explota un campo bajo la Modalidad de Solo Riesgo la totalidad de la producción corresponde a la Asociada, hasta ciertos volúmenes de producción, y con ella puede recuperar sus Costos Directos.

Por consiguiente 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.

A lo anterior se agrega que puede suceder que se realicen pruebas extensas y en desarrollo de las mismas se obtenga alguna producción de Hidrocarburos y que ECOPETROL no declare el Campo Comercial, ni la Asociada decida explotarlo en la Modalidad a Solo Riesgo. En tal caso es claro que de acuerdo con la Cláusula, la Asociada destina los Hidrocarburos recibidos a recuperar los Costos Directos hasta un 30% de los mismos.

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. Por lo demás, si al final del numeral que se analiza el Contrato hace referencia a la recuperación al establecer que “**Una vez recuperado** el treinta (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”, ello es porque en este momento todavía no puede haber habido reembolso.

Así las cosas, no encuentra el Tribunal ninguna inconsistencia en que en la cláusula se haya empleado la expresión “para efectos de su recuperación o Reembolso”, pues una u otra alternativa pueden operar.

De este modo, la interpretación del texto contractual corresponde a la que ha sostenido ECOPETROL. Resta por determinar si otros elementos de interpretación permiten llegar a una conclusión distinta.

Desde este punto de vista debe recordar el Tribunal que de acuerdo con el Código Civil un contrato podrá también interpretarse por las estipulaciones de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia (artículo 1622 del Código Civil).

A este respecto encuentra el Tribunal que en el expediente está acreditado que entre ECOPETROL y HUPECOL existe otro contrato de asociación relativo al campo Tambaquí (folios 344 a 390 del Cuaderno de Pruebas No. 3). El texto de dicho contrato difería del Contrato de Asociación Caracara y posteriormente fue modificado en materia de pruebas extensas (folios 329 vuelto a 343 y 602 a 604 del Cuaderno de Pruebas No. 3), de tal forma que su redacción actual es semejante a la del Contrato de Asociación objeto del presente proceso.

En efecto, en la cláusula 3ª original del Anexo B del Contrato de Asociación Tambaquí se estableció:

3.2. La producción obtenida durante las pruebas se repartirá de acuerdo con las proporciones establecidas en el Contrato, Cláusula 14 (numeral 14.2), descontando el veinte por ciento (20%) para regalías, de acuerdo con la Cláusula 13 de El Contrato; el pago directo de éstas será a cargo de ECOPETROL.

3.4. LA ASOCIADA será la responsable del ciento por ciento (100%) de los desembolsos incurridos durante la prueba de producción, los cuales serán cargados como un mayor valor de cada pozo y se tomará como un Costo Directo para efectos de reembolso, de acuerdo con el origen de su desembolso.

De acuerdo con el texto del Contrato, cada parte recibía el 50% del petróleo y los costos de las pruebas extensas eran considerados parte de los costos directos que serían reembolsados en un 50% por ECOPETROL con el producto de la explotación del Campo, una vez el mismo fuera declarado Campo Comercial.

Dicha estipulación contractual fue modificada por las partes a través de un otrosí firmado el 15 de enero de 2001 (folio 329 vuelto a 330 y 602 a 604 del cuaderno de pruebas No. 3).

Como parte de los antecedentes de dicha modificación se encuentra el Memorando ASO No 000672 enviado el 6 de septiembre de 2000 por la Vicepresidencia Adjunta de Operaciones Asociadas a la Vicepresidencia de Exploración y Producción, en el cual se expresa (folio 146 del cuaderno de Pruebas No. 10.3):

En los modelos de Contrato de Asociación anteriores al aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol en diciembre de 1999, se establece en la Cláusula 3, numeral 3.2, del Acuerdo de Operación (Anexo B) que: 'La producción obtenida durante las pruebas se repartirá de acuerdo con las proporciones establecidas en el Contrato, Cláusula 14 (numeral 14.2), descontando el veinte por ciento (20%) para regalías, de acuerdo con la Cláusula 13 de El Contrato; el pago directo de éstas será a cargo de ECOPETROL'

En el modelo del Contrato de Asociación aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol en el mes de diciembre de 1999, la Cláusula 3, numeral 3.5 del Acuerdo de operación (Anexo B) establece:

(Es el mismo texto del contrato Caracara que no se reproduce para evitar repeticiones)

En los Contratos de Asociación Bolívar (Campos Catalina y Olivo), Dindal y Río Seco (Campo El Segundo), Matambo (pozo Gigante-1A) y Alcaraván (pozo Estero-1), las compañías Asociadas solicitaron a Ecopetrol autorización para disponer del cien por ciento (100%) de la producción obtenida durante el desarrollo de las pruebas extensas de producción a realizarse en los mencionados pozos, con el propósito de aliviar los costos adicionales que se debían hacer para el desarrollo de dichas pruebas.

La Junta Directiva de Ecopetrol, sustentándose en los siguientes argumentos aprobó las mencionadas solicitudes:

- Durante el Periodo de Exploración la Asociada debe realizar una fuerte inversión con miras a descubrir un campo.
- Las pruebas extensas de producción se realizan con el propósito de evaluar mejor el yacimiento o yacimientos descubiertos y preparar el Plan de Desarrollo del posible Campo. Esto permite disminuir en algún grado las incertidumbres con las cuales ECOPETROL evaluará la comercialidad del descubrimiento. La Asociada es la responsable del ciento por ciento (100%) de los desembolsos incurridos durante estas pruebas de producción.
- **El valor de la producción correspondiente a ECOPETROL de estas pruebas será destinado al reembolso de los Costos Directos de Exploración del respectivo Pozo de Exploración, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 9 de los referidos Contratos de asociación**
- **Una vez recuperado el valor de los Costos Directos de Exploración a reembolsar, la producción proveniente de las Pruebas Extensas de Producción se distribuirá entre las Partes en la proporción acordada en el Contrato de Asociación (50% para Ecopetrol y 50% para la Asociada)**

Actualmente se están tramitando las solicitudes de las compañías Explotaciones CMS, Kappa Resources, Hupecol y Petrobrás Colombia, en los Contratos de Asociación Abanico, Chipalo, **Tambaquí** y Boquerón, respectivamente, **relacionadas con la autorización para disponer del cien por ciento (100%) de la producción, después de regalías, obtenida durante el desarrollo de las pruebas extensas de producción de los pozos** Abanico – 1, Abanico 2, Abanico – 3, Samarkhanda – 1, **Tambaquí-1**, Guando – 1 y Guando 2.

#### ASPECTOS LEGALES

Las oficinas jurídicas de la Empresa, en forma reiterada, se han manifestado sobre este tema a través de sus comunicaciones DIJ-191. GSV-5-729 y GSV-5-205 del 7 de julio de 1995, 4 de octubre de 1999 y 22 de marzo de 2000, respectivamente, manifestando:

(....)

‘Respecto de la producción que en desarrollo de las pruebas se obtiene, su distribución obviamente tiene que hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 14. Empero, las partes obviamente bien pueden acordar que deducido el porcentaje correspondiente a regalías la Asociada disponga de la producción que corresponda a Ecopetrol para comenzar a reembolsarse los costos exploratorios. El valor que alcance a ser reembolsado, deberá abonarse al reembolso total a que tiene derecho la Asociada si Ecopetrol acepta la comercialidad...’

#### RECOMENDACIÓN

Por lo anteriormente expuesto, y considerando que:

El modelo vigente del Contrato de Asociación aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol en diciembre de 1999 establece que la Asociada puede disponer del 100% de la producción, después de regalías, para efectos del reembolso de los Costos Directos de Exploración, durante las pruebas extensas.

El valor de la producción correspondiente a Ecopetrol sería cargado como reembolso en caso de aceptarse la comercialidad o en caso de una explotación bajo la modalidad de Solo Riesgo, según lo establecido en la Cláusula 9 del Contrato de Asociación.

La autorización para que la Asociada disponga del total de la producción, después de regalías, obtenida durante las pruebas extensas, es un incentivo económico que ayuda a que esta explore el área contratada en mejor forma.

La Vicepresidencia Adjunta de Operaciones Asociadas solicita autorización para proceder a modificar la Cláusula 3, numeral 3.2 del Acuerdo de Operación (Anexo B), de forma tal que esta cláusula quede en forma similar a la establecida en el modelo del Contrato de Asociación vigente, aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol en el mes de diciembre de 1999, para los Contratos de Asociación suscritos antes de esa fecha que se encuentren en su Período de Exploración (se subraya y destaca).

Este documento sirvió de base a la decisión de la Junta Directiva que consta en el Acta No 2246 correspondiente a la reunión del 10 de noviembre de 2000 (folios 140 a 145 del cuaderno de Pruebas No. 10.3). En dicha acta se hace referencia al Memorando que se acaba de mencionar y se expresa en relación con el mismo:

De otra parte señaló que los análisis económicos realizados para los Contratos de Asociación en los que la Junta Directiva de Ecopetrol autorizó a la Asociada disponer del 100% de la producción, después de regalías, obtenida durante el desarrollo de las pruebas extensas de producción de los pozos exploratorios, han mostrado que con este nuevo esquema de distribución, la Asociada apenas alcanza a reembolsarse el valor de los costos directos de la prueba extensa y parte de los costos a reembolsar de la perforación y completamiento del respectivo pozo. Por su parte **la Empresa no considera inconveniente este cambio de distribución de producción puesto que con el porcentaje que le corresponde estaría reembolsando los costos directos de exploración, que tiene derecho la Asociada si Ecopetrol acepta la comercialidad del campo** descubierto o si dicha compañía ejerce la facultad contractual de asumir la

explotación bajo Solo Riesgo, de conformidad con la cláusula 9 del Contrato de Asociación.

En resumen la Vicepresidencia de Exploración considera que:

El modelo vigente del Contrato de Asociación aprobado por la junta Directiva de Ecopetrol, en diciembre de 1999 establece que la Asociada puede disponer del 100% de la producción, después de regalías, para efectos del reembolso de los Costos Directos de Exploración, durante las pruebas extensas.

**El valor de la producción correspondiente a Ecopetrol sería cargado como reembolso, en caso de aceptarse la comercialidad o en caso de una explotación bajo la modalidad de Solo Riesgo, según lo establecido en la Cláusula 9 del Contrato de Asociación.**

Las pruebas extensas de producción se solicitan por Ecopetrol con el fin de evaluar mejor el yacimiento o yacimientos descubiertos, y poder pronunciarse respecto de la solicitud de comercialidad del respectivo campo.

La autorización para que la Asociada disponga del total de la producción, después de regalías, obtenida durante las pruebas extensas, es un incentivo económico que ayuda a que ésta explore el área contratada de mejor forma.

La Junta Directiva, de acuerdo con los planteamientos presentados por la Vicepresidencia de Exploración y Producción autorizó la modificación a la Cláusula 3, numeral 3.2, del Acuerdo de Operación, de forma tal que esta cláusula quede en forma similar a la establecida en el modelo del Contrato de Asociación vigente, aprobado por este organismo en el mes de diciembre de 1999, para los Contratos de Asociación suscritos antes de esta fecha que se encuentren en su Período de Exploración.

Esta modificación se realizará para aquellos contratos en los cuales la Asociada solicite la asignación del 100% de la producción, después de regalías, para efectos de las pruebas extensas de producción de pozos exploratorios.

El texto de la Cláusula quedará así:



'ANEXO B ACUERDO DE OPERACIÓN.

3.2. La producción obtenida durante las pruebas, después de descontado el porcentaje correspondiente a las regalías, las cuales serán pagadas directamente por ECOPETROL, será tomada por LA ASOCIADA y los ingresos provenientes de 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 cincuenta por ciento (50%) 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 cincuenta (50%) de los Costos Directos de Exploración, la producción proveniente de las Pruebas Extensas de Producción se distribuirá entre las Partes de acuerdo con las proporciones establecidas en el Contrato, Cláusula 14 (numeral 14.2)

Como consecuencia de lo anterior, se modificó el contrato Tambaquí por un otrosí. De esta manera, la cláusula 3.2 del Anexo B del Contrato quedó así (se subrayan los apartes en que existen diferencias con el contrato con HUPECOL relativo a Caracas) (folios 329 vuelto a 330 y 602 a 604 del cuaderno de pruebas No. 3):

3.2. La producción obtenida durante las pruebas, después de descontado el porcentaje correspondiente a las regalías, las cuales serán pagadas directamente por ECOPETROL, será tomada por LA ASOCIADA y los ingresos provenientes de 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 cincuenta por ciento (50%) 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  cincuenta (50%)  de los Costos Directos de Exploración, la producción proveniente de las Pruebas Extensas de Producción se distribuirá entre las Partes  de acuerdo con las proporciones establecidas en el Contrato, Cláusula 14 (numeral 14.2)

Como se puede apreciar, el texto del otrosí del contrato Tambaquí, es sustancialmente el mismo que el del contrato Caracara, pues como se vio, la intención de las partes era que el esquema previsto en los nuevos contratos de asociación, como era el último, se aplicara al contrato Tambaquí. Ahora bien, de los textos que se dejan transcritos resulta claro que la voluntad de las partes era que la Asociada tomara toda la producción y que una vez declarada la comercialidad el porcentaje del petróleo recibido que correspondería a ECOPETROL se destinara al reembolso.

Sin embargo los textos transcritos no acreditan que las partes hayan querido que la distribución de los hidrocarburos producidos durante las pruebas extensas se realizara en forma distinta a como quedó pactado en el Anexo B. En efecto, en los documentos mencionados aparece el memorando que sirvió de fundamento a la decisión de la Junta Directiva, en el cual claramente se expone que  “Una vez recuperado el valor de los Costos Directos de Exploración a reembolsar, la producción proveniente de las Pruebas Extensas de Producción se distribuirá entre las Partes en la proporción acordada en el Contrato de Asociación (50% para ECOPETROL y 50% para la Asociada)”  (subraya el Tribunal). Esto es exactamente lo que dispone la cláusula. Por lo demás, el texto de la cláusula fue aprobado por la Junta Directiva y consta en la respectiva Acta. Lo anterior lleva a concluir que el texto del Contrato y la repartición que el mismo establece fueron queridas tal cual como se

factó, y que la Junta entendió que tal era además la forma como operaba en el modelo de contrato aprobado en 1999.

Vale la pena señalar que la demandada insiste en que la modificación al Contrato de Asociación se realizó “con la única finalidad de mejorar al inversionista el flujo de caja”, por lo que “La tesis planteada por ECOPETROL hoy, busca todo lo contrario, toda vez que no sólo empeora el flujo de caja del inversionista, sino además todas las economías del contrato”

El Tribunal no comparte dicha conclusión por las siguientes consideraciones:

Si se observa el texto original del contrato Tambaquí se encuentra que la Asociada durante la etapa de exploración sólo recibe el 50% de los hidrocarburos producidos durante las pruebas extensas. Por el contrario, en razón de la modificación introducida al Contrato en el otrosí al que se ha hecho referencia, la Asociada puede tomar todos los hidrocarburos producidos hasta un 50% de los costos directos, y adicionalmente recibe un 50% de la producción restante. Lo anterior determina que frente a una producción dada, el flujo de recursos que reciba la Asociada por la aplicación del otrosí, durante la etapa de Exploración será superior al que recibiría en el Contrato original. Para mayor claridad basta pensar en un caso en que los Costos Directos sean iguales a los Hidrocarburos producidos, una vez descontadas las regalías. En el Contrato Original, la Asociada sólo podría recibir 50%, mientras que como consecuencia del otrosí recibe como flujo de caja 75%. Es claro entonces que la modificación sí aumenta su flujo de caja. Por lo demás si el Campo no es declarado Comercial, ello claramente la

beneficia, en la medida en que obtiene un reembolso que de otra manera no recibiría.

Sin embargo, es claro que si el Campo es declarado Comercial después de aplicar la regla del Otrosí, la Asociada puede terminar recibiendo por su participación en hidrocarburos una suma inferior a la que tendría derecho en el texto original del Contrato.

Así se desprende de la declaración del Ingeniero Moncada (folios 1 a 53 del cuaderno de pruebas No. 6.2) quien al explicar la interpretación de ECOPETROL expresó:

**PRESIDENTE:** Pero es que estamos hablando en una etapa de que según lo que yo entendí, porque de pronto entendí mal, en ese momento solamente ECOPETROL cuando había declaratoria de comercialidad hacia reembolso de lo que se hubiera, entonces la pregunta del doctor MANTILLA se refiere al flujo de caja durante la etapa de exploración, entonces ese reembolso que ya era tardío, pues que era posterior a la declaratoria de comercialidad no puede afectar el flujo de caja durante la etapa exploración

**ALBERTO MONCADA:** No, no eso está bien, pero es un costo alto, era más fácil que la asociada adquiriera un préstamo para cubrir los gastos de las pruebas extensas que aceptar ese reembolso temprano, porque aquí pierde en este caso la asociada pierde 12.5 que es la diferencia entre lo que recibe acá y lo que recibe acá

**PRESIDENTE:** Pero la pregunta era si eso incidía en el flujo de caja, no en el costo.

**ALBERTO MONCADA:** Si, si yo dije que si influye en el flujo de caja recibe 62.5 en lugar de 50

**DR. MANTILLA:** Mejora el flujo de caja

**ALBERTO MONCADA:** Pero pierde el reembolso que son 25, ya no hay más reembolso.

Como se puede apreciar, el ingeniero Moncada aceptó que la fórmula con la interpretación de ECOPETROL mejora el flujo de caja, aun cuando a la postre en caso de declaratoria de Campo Comercial podía terminar la Asociada recibiendo menos de aquello a lo que originalmente tiene derecho.

Sin embargo, tal situación a juicio del Tribunal, no permite sostener una interpretación distinta a aquella que resulta del texto del Contrato y de los demás elementos analizados, pues se trata simplemente de un aspecto financiero sobre el cual debieron hacer las partes el análisis correspondiente para determinar si lo aceptaban o no.

Por otra parte, tanto CEPOLSA como HUPECOL han invocado los antecedentes de la negociación del Contrato de Asociación, dentro de la denominada Ronda 2000 para sostener que de los mismos se desprende la tesis que ellos defienden.

Desde este punto de vista encuentra el Tribunal que si se analizan los documentos que precedieron a la negociación de la Ronda 2000, se observa que en ninguno de ellos se hizo referencia a la distribución de los hidrocarburos obtenidos en las pruebas extensas ni a la forma como se reembolsarían los costos directos, así como tampoco la Junta Directiva adoptó una tesis en tal sentido.

En efecto, en reunión del 2 de julio de 1.999, que se recoge en el Acta No. 2210 (folios 431 a 453 del cuaderno de Pruebas No. 10.2) la Junta Directiva de ECOPETROL analizó los cambios que debían introducirse al Contrato de Asociación y expresó

1. Participación de Ecopetrol. Para los nuevos Contratos de Asociación que se celebren, se propone una participación de Ecopetrol en los campos comerciales descubiertos del 30%, lo que significa que Ecopetrol asumirá el 30% de las inversiones y obtendrá un porcentaje inicial igual al 30% de la producción de hidrocarburos, después de deducido el porcentaje correspondiente a las regalías, hasta cuando se cumplan las condiciones para que el Factor R entre a operar (el subrayado no es del texto original).

Como se puede apreciar, la decisión de la Junta se refiere específicamente a una participación en los Campos Comerciales.

Así mismo el 14 de octubre de 1999 (Acta No. 2219) se aprobó por la Junta la *“Minuta del Contrato de Asociación estándar”*. Entre los anexos de dicha Acta aparece el documento denominado *“modificaciones al contrato de asociación”*, en el cual se expresa:

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 Area Contratada, con anterioridad a la fecha de presentación de los estudios de comercialidad de cada nuevo Campo Comercial descubierto ... (subrayas y negrillas no son del texto)

Así mismo se autorizó lo siguiente:

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 de sesenta por ciento (70%) para LA ASOCIADA, ... (subrayas y negrillas no son del texto)

Así mismo se aprobó:

Desde cuando se acepte por ECOPETROL la existencia de un Campo Comercial y con sujeción a las disposiciones de la Cláusula 5 (numeral 5.2.) y de la Cláusula 13, la propiedad de los derechos o interés en la Operación del Area Contratada, quedará dividida así: ECOPETROL treinta por ciento (30%) y LA ASOCIADA setenta por ciento (70%) (Subraya el Tribunal).

Como se ve, las reglas de distribución aprobadas se referían específicamente a los campos comerciales y no al producto de las pruebas extensas.

De este modo, en los análisis de la Junta Directiva lo que se consideró específicamente fue la distribución de los hidrocarburos una vez declarada la comercialidad, más no la distribución durante las pruebas extensas.

Por otra parte, se invoca por HUPECOL y CEPCOLSA la comunicación dirigida a JOHN SAUNDERS, Presidente de HUPECOL y suscrita por el entonces Presidente de ECOPETROL (folio 642 del cuaderno de pruebas No. 2), por la cual se invitó formalmente a HUPECOL a vincularse a la exploración en Colombia, y en la que se expresó:

La distribución de producción de cada Campo Comercial descubierto en el nuevo Contrato de Asociación, después de deducido lo correspondiente a la regalía, será en la proporción de treinta por ciento (30%) para ECOPETROL y de setenta por ciento (70%) para LA ASOCIADA, hasta cuando la producción acumulada del respectivo Campo Comercial llegue a la cantidad de treinta (30) millones de barriles de hidrocarburos líquidos o la cantidad de seiscientos

setenta y cinco (675) gigapies cúbicos de hidrocarburos gaseosos, lo primero que ocurra.

Como se puede apreciar, dicha comunicación se refiere específicamente a la distribución de los hidrocarburos cuando el Campo haya sido declarado Comercial.

Igualmente en “Protocolo de Oferta Final” para la Ronda 2.000, que ECOPETROL presentó a los posibles inversionistas (documento incorporado al expediente), se expresaba:

Una vez que se haya hecho un descubrimiento y ECOPETROL apruebe la comercialidad de éste, ECOPETROL tendrá derecho de entrar a participar en ese Campo, con un interés económico directo del 30% (subraya el Tribunal) (folio 8 vuelto del cuaderno de pruebas No. 9).

Igualmente dicho documento hace referencia a la distribución de los hidrocarburos después de la comercialidad, pero nada menciona antes de ella, particularmente como consecuencia de las pruebas extensas, y tampoco se puede sostener que ECOPETROL no tenga derecho a ninguna participación en dicha etapa.

En cuanto a la prueba testimonial vale la pena señalar que ninguno de los testigos declaró que la intención de ECOPETROL al redactar el Contrato de Asociación correspondía a la que afirman CEPCOLSA y HUPECOL. Observa el Tribunal que los testigos que compartieron la tesis de HUPECOL lo expresaron como una opinión personal y no porque les constara que al celebrar el Contrato de Asociación tal era la intención de ECOPETROL.



A este respecto es pertinente examinar la declaración del ingeniero Álvaro Eliécer Rocha (folios 206 a 217 del cuaderno de pruebas No. 6.2) quien suscribió el Memorando ASO No. 000672 enviado el 6 de septiembre de 2000 por la Vicepresidencia Adjunta de Operaciones Asociadas a la Vicepresidencia de Exploración y Producción (folio 146 del cuaderno de Pruebas No. 10.3), que constituyó la base de la decisión de la Junta Directiva para autorizar la modificación del Contrato Tambaquí. En su declaración el doctor Rocha expresó:

DR. GARRIDO: No recuerdo si lo pregunte, ¿Usted conoce la interpretación de ECOPETROL y conoce la interpretación de HUPECOL, en relación con la distribución de las pruebas extensas de producción? ¿En qué consiste la interpretación de cada una de las partes involucradas aquí en el conflicto?

ALVARO ELIECER ROCHA: Creo que de acuerdo con lo que me acuerdo de eso, el contexto es simplemente una cuestión de palabras, de inclusión de una palabra que a mi modo de ver y en forma muy sencilla podría arreglar todos los problemas, pero infelizmente dentro del anexo quedó en el contexto el 100% de la producción, pero si le hubieran puesto de su producción, de la producción de ECOPETROL se convertiría simplemente en la distribución que le corresponde a ECOPETROL que es el 30%, entonces, dentro de ese esquema se cambia totalmente el manejo y de paso de pronto hasta puede cambiar la filosofía con que se manejaron todas estas situaciones, porque cambiar el 50-50 estaba muy claro que era el 50 y después de pasar a 70-30, pero en el texto creo que faltó esa parte o el posesivo su o la definición concreta de la parte de ECOPETROL, entonces eso es lo que está generando me imagino yo esa discrepancia entre el esquema y es lo que alcance yo en ese momento a mirar y lo que recuerdo ahora, lo que está ahí con base en esa situación.

(...)

DR. GARRIDO: Usted hablo en su respuesta penúltima de una posible solución para la discrepancia en la interpretación ¿cuál sería esa solución, dado su criterio....?

ALVARO ELIECER ROCHA: Es que todo debe tener una lógica, la lógica es si yo por ejemplo, venia en la tradición de un 50-50 y lo que estoy buscando es incentivar a la asociada para que traiga la inversión al país y le doy la posibilidad, le doy no, le dieron la posibilidad de que se manejara con un 30 disminuido ECOPETROL y un 70 incrementado al asociado, no entiendo por qué al final yo voy a cobrar el 100% de la producción para la parte más favorecida perjudicando a la otra, o sea, yo no encuentro es la lógica en este sentido, entonces dentro de este punto de vista pues pienso, que, no sé, **es una definición muy personal, de pronto quedo muy, muy a la, o le falta algo a la letra** hay en el anexo de poner simplemente un su o una definición concreta de ECOPETROL y no dejarlo así totalmente escueta el 100% de la producción, entonces cuando uno dice producción se está refiriendo a todo, al total de la producción como tal, entonces en ese sentido pienso yo que **de pronto hay una discrepancia con lo que se quería en su momento** con lo que quedo definitivamente plasmado, **entonces no sé, es un concepto muy personal y es mi opinión en ese sentido**<sup>12</sup>. (Negrillas subrayadas fuera del texto).

Como se puede apreciar, la declaración del Ingeniero Álvaro Yesid Rocha se refiere a lo que él cree debe ser la solución al conflicto y señala que de pronto hay una discrepancia entre lo que quedó escrito y lo que se quería. Desde esta perspectiva no encuentra el Tribunal que de la declaración del ingeniero Rocha se desprenda que la intención de ECOPETROL al celebrar el Contrato de Asociación era distinta a la que quedó reflejada en el otrosí. Lo anterior es particularmente cierto si se observa que al ingeniero Rocha se le preguntó:

**DR. GARRIDO:** Durante el ejercicio de su cargo y específicamente cuando estaba bajo la dependencia Vicepresidencia de Operaciones Asociadas ¿usted tuvo que ver en cuanto a su manejo algunos aspectos relacionados con el anexo B contrato de asociación, **era del soporte de su resorte manejar el anexo B?**

---

<sup>12</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6.2. Folios 210 a 212.

**ALVARO ELIECER ROCHA:** Directamente no, porque en ese entonces había un grupo especializado de contratación que casi que tenía relación directa con la vicepresidencia, pero la vicepresidencia principal y con el grupo de abogados encabezados por la dirección jurídica que yo me acuerde, creo que estaba el Dr. MENESES, el Dr. MALAVER, ANA MARTHA MARIA ANGEL y ALBERTO GUZMAN, si no me equivoco; y la parte técnica que elaboraba con las diferentes reuniones técnicas con los abogados era la encargada de llevar esas directrices generales aprobadas al texto general del contrato y a la parte operativa del contrato de asociación. (se subraya y destaca)

Por lo demás, al ser preguntado en relación con su participación en la redacción del modelo de Contrato utilizado para el Contrato de Asociación Caracara el Ingeniero Rocha contestó:

**DRA. PAZOS:** ¿usted participo en la redacción de la cláusula 3.5 del anexo B en conjunto con el auditor internacional externo que fue contratado para el efecto....?

**ALVARO ELIECER ROCHA:** No.

Igualmente al ser preguntado sobre su participación en la negociación expresó:

**PRESIDENTA:** ¿Asistió usted ya a la celebración en concreto de contratos de asociación en la RONDA 2000?

**ALVARO ELIECER ROCHA:** Estuve en la reunión donde fueron invitados todos los contratistas que estuve, donde se les presento la oferta y posteriormente eso fue manejado ya con cada uno del oferente en su cuenta, inclusive cuando hubo la negociación, porque algunos fueron negociados por los porcentajes de participación propuestos, algunos fueron bastantes bajos, se trato de incentivar la gente para que mirara y revisara esa situación, algunos fueron también bastante altos en esa RONDA 2000, pero la negociación la manejaron personas diferentes a la parte nuestra.

Como se aprecia, el ingeniero Rocha no participó personalmente en la redacción o manejo del Anexo B, porque ello era manejado por un grupo especializado, por consiguiente a él no le constaba la intención a la que correspondía dicho Anexo. Así mismo no participó en la negociación del Contrato de Asociación Caracara.

Además, en todo caso considera necesario reiterar el Tribunal que en su memorando (folio 146 del cuaderno de Pruebas No. 10.3) el ingeniero Rocha hizo referencia a la forma como la Junta había autorizado disponer de la producción de pruebas extensas y allí dijo:

- El valor de la producción correspondiente a ECOPETROL de estas pruebas será destinado al reembolso de los Costos Directos de Exploración del respectivo Pozo de Exploración, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 9 de los referidos Contratos de asociación
  
- Una vez recuperado el valor de los Costos Directos de Exploración a reembolsar, la producción proveniente de las Pruebas Extensas de Producción se distribuirá entre las Partes en la proporción acordada en el Contrato de Asociación (50% para Ecopetrol y 50% para la Asociada)

Como ya se dijo, este concepto fue exactamente el que quedó consagrado en el otrosí. Si hubiere alguna diferencia entre lo que se quería y la redacción del otrosí era de esperar que el otrosí no correspondiera al texto de los documentos que lo antecedieron.

Por otro lado, conviene hacer referencia al testimonio del señor Rodolfo García (folios 132 a 146 del cuaderno de pruebas No. 6.2), quien era abogado de ECOPETROL en la época de los hechos y quien expresó:

**DR. MANTILLA:** Indique que buscaba ECOPETROL al plantear la cláusula de destinación de la producción de la prueba extensa como la planteo en el modelo de contrato de RONDA 2000, modelo en el que se basa el contrato de ASOCIACION CARACARA

**RODOLFO GARCIA:** Bueno, para en opinión mía y por tanto de la vicepresidencia jurídica en su momento, la cláusula pues más que buscaba el texto mismo lo dice, la cláusula es totalmente clara en que lo que se pretendió hacer fue que la asociada en el momento de generar la prueba extensa o de presentarse una prueba extensa tuviera la oportunidad de tomar toda la producción que se generara en ese pozo que se había perforado y que estaba en prueba extensa, para mejorar su flujo de caja y aplicarle ese hasta un momento determinado, aplicarle ese flujo de caja al reembolso correspondiente a los costos directos de exploración de ese pozo,

Vale la pena señalar que este testigo fue tachado por la parte demandada. Sin embargo, observa el Tribunal que su dicho corresponde a los demás elementos probatorios del proceso en la forma como ha expuesto el Tribunal.

Adicionalmente también es pertinente hacer referencia a la declaración del doctor Gustavo Suárez (folios 100 a 131 del cuaderno de pruebas No. 6.2), quien explicó la evolución de la regulación de las pruebas extensas y en particular frente a las pruebas extensas en el modelo del Contrato de Asociación Ronda 2000 expresó:

El modelo RONDA 2000 que si era conocido por nosotros los que estábamos en la industria en mi caso y hablo solo por mí, no hablo por los demás, lo conocí, varias veces fui a ECOPETROL a conversar el modelo porque estábamos conversando NIZCOTA, una de las cláusulas que no nos gustaba era precisamente la de pruebas extensas de producción la hacía más rigurosa, pero nosotros realmente no entramos hacer grandes disputas de esa cláusula porque el negocio de BP era un negocio mucho más grande que un negocio

chiquito de pruebas extensas de producción, a nosotros lo que nos interesaba era como jugaba el factor R y otras cláusulas del contrato no tanto las pruebas extensas de producción, entonces pues básicamente nosotros aceptamos en su momento que el modelo que presento ECOPETROL para NIZCOTA, que es el MODELO RONDA 2000, eso sí les digo que esa cláusula es igual, entonces nosotros la conocimos, creo que ese modelo contrato estaba en la página web de ECOPETROL, uno la podía sacar e imprimir, entonces eso estuvo ahí (destaca y subraya el Tribunal).

Como se puede apreciar en el momento de la negociación de los contratos de asociación Ronda 2000 para expertos en la materia era claro que la regla sobre pruebas extensas de producción era más rigurosa.

Adicionalmente obra en el proceso el testimonio del señor VICTOR HUGO FRANCO (folios 155 a 184 del cuaderno de pruebas No. 6.2) quien declaró sobre la interpretación de ARGOSY ENERY INTERNATIONAL (hoy GRANTIERRA ENERGY). Dicha declaración sólo prueba que esta última empresa tiene una interpretación semejante a la HUPECOL y CEPOLSA, pero en manera alguna prueba cuál era la intención de las partes al celebrar el contrato de asociación Caracara.

Tampoco considera el Tribunal que la declaración de la doctora Martha Patricia Severino (folios 218 a 237 del cuaderno de pruebas No. 6.2) permita establecer cuál era la intención real de las partes, pues lo que resulta de su declaración es el hecho de que si finalmente se declara Comercial el Campo, la aplicación del Anexo B, con la interpretación de ECOPETROL, termina siendo desventajosa para HUPECOL, frente a lo que sería la situación si durante la etapa de exploración ECOPETROL recibiera el 30% de los Hidrocarburos y la Asociada el 70%. Sin embargo, tal conclusión en manera alguna permite arribar a la conclusión que la

interpretación de la parte demandada es la correcta, pues precisamente lo que se debe determinar es cuál fue la voluntad de las partes, y no cuál es la más conveniente para una de ellas.

Por otra parte, el demandado también hace referencia en apoyo de su tesis a la declaración de parte del señor John Thomas Saunders (folios 54 a 62 del cuaderno de pruebas No. 6.2) quien expresó:

**DR MANTILLA:** Mi última pregunta, cuando yo le pregunté sobre el significado de campo comercial, cuando leí la cláusula 14, usted aceptó y si no está de acuerdo por supuesto puede rectificar lo que yo estoy diciendo, que campo comercial se refiere a un campo petrolero luego de que Ecopetrol ha declarado la comercialidad del mismo? Usted ahora afirma que ese mecanismo que es un mecanismo como usted lo ha dicho a partir de la comercialidad, es decir en etapa de explotación, se aplica la distribución de pruebas extensas que es claramente una actividad de exploración?

**INTERROGADO:** Si efectivamente yo diría que esa fue la forma como nosotros lo entendimos, nosotros pusimos todo el dinero desde el primer momento y entendimos que la división 70-30 regía desde el primer momento, el 70% nuestro era para recuperar nuestros costos el 30% de ellos era para reembolso, en ninguna parte del contrato dice que el 100% del petróleo pertenezca a ECOPETROL.

Desde este punto de vista debe recordarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que señaló en sentencia del 27 de julio de 2007 (Referencia: Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01):

Desde otra arista, la jurisprudencia ha decantado que las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que *"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"* (sentencia de 13 de septiembre de 1994, citada por Sent. Cas. Civ. de 27 de julio de 1999 Exp. No, 5195)

En el mismo sentido, la Corte ha reconocido que, en principio, *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"* (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502).

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 reconstructivos del pasado que sean legalmente admisibles, máxime si estos se encuentran en posibilidad de ser acopiados.

De este modo la declaración del señor Saunders carece en sí misma de valor probatorio para acreditar hechos a favor de la empresa que representa.

Por otra parte, tampoco puede considerarse que el tomar en cuenta el conjunto del contrato y la naturaleza del mismo alteren la conclusión mencionada, pues como ya se vio el Contrato claramente distingue entre la etapa de exploración y la etapa de explotación, las cuales tienen reglas distintas, por lo cual es absolutamente razonable que existan regulaciones diferentes entre ellas, lo que no las hace inarmónicas o discordantes.



Adicionalmente, el demandado invoca la comunicación ASO-000078 del 14 de febrero del año 2000 (folios 91 a 94 del cuaderno de pruebas No. 10.3), suscrita por el Ing. Nelson Navarrete de ECOPETROL, en la cual el mismo recomienda:

**Autorizar a la compañía Emerald Energy Colombia para que a partir de la fecha de aprobación de esta solicitud por parte de la Junta Directiva de Ecopetrol, disponga del 80% de la producción** obtenida durante la pruebas extensas del pozo Gigante – 1A.

**El valor del 40% de la producción correspondiente a Ecopetrol sería cargado como reembolso, en caso de aceptarse la comercialidad o en caso de una explotación bajo la modalidad de Solo Riesgo según lo establecido en la cláusula 9 del contrato de Asociación Matambo (se subraya y se destaca)**

Igualmente invoca el Acta de Junta Directiva No. 2229 del 18 de febrero de 2000 (folios 79 a 90 del cuaderno de pruebas No. 10.3), en la que se tomó una decisión con base en la comunicación anterior y cuyo texto es el siguiente:

Decisión: La Junta Directiva, de acuerdo con las razones expuestas por la Vicepresidencia de Exploración y Producción en el Memorando ASO-No. 000078 del 14 de febrero de 2000, que forma parte integrante de esta Acta y considerando que es necesario adelantar pruebas de producción representativas, **dadas las características especiales del yacimiento encontrado con la perforación del pozo Gigante 1A en el Contrato de Asociación Matambo,** y de esta forma disponer de información adicional que soporte la decisión de Ecopetrol sobre la comercialidad del Campo Gigante, impartió su autorización para que la compañía Emerald Energy Colombia a partir de la fecha, disponga del 80% de la producción obtenida durante la prueba extensa del pozo Gigante – 1A.

**Así mismo autorizó para que el valor del 40% de la producción, correspondiente a Ecopetrol, sea cargado como reembolso,** en el evento en

que se acepte la comercialidad o en el caso de una explotación bajo la modalidad de Solo Riesgo según lo establecido en la cláusula 9 del contrato de Asociación Matambo<sup>13</sup> (Negrillas subrayadas fuera del texto).

A este respecto considera el Tribunal que no es procedente tomar en consideración la modificación realizada al Contrato de Asociación Matambo, autorizada por la Junta Directiva el 18 de febrero de 2000, para llegar a concluir que la interpretación del Contrato de Asociación Caracara es la que señalan CEPCOLSA o HUPECOL pues, de una parte, el texto correspondiente adoptado por la Junta claramente difiere del adoptado respecto de Caracara. De otra parte, en el Contrato Matambo y en el Caracara no son partes las mismas personas y, finalmente, no está acreditado que la modificación del Contrato de Matambo corresponda a la intención de las partes en el Contrato Caracara.

Por lo anterior concluye el Tribunal lo siguiente:

Durante la etapa de exploración si se realizan Pruebas Extensas y se obtienen hidrocarburos, la Asociada puede tomar la producción restante, después de descontado el porcentaje correspondiente a las regalías 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

---

<sup>13</sup> Folio 11 del Acta No. 2229 del 18 de febrero de 2000 de la Junta Directiva de Ecopetrol. Documento recaudado en la Inspección Judicial con Exhibición de Documentos realizada en las oficinas de ECOPETROL. AZ – tomo 3 de 4, correspondiente al cuaderno de pruebas No. 10.3.

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.

Por razón de la prosperidad de la pretensión tercera principal de la demanda, igualmente debe prosperar la pretensión cuarta, en la cual se solicita que “se declare que a partir de la ocurrencia de la recuperación o 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”.

### **La pretensión Sexta de la Demanda**

Por otra parte, en la pretensión sexta de la demanda, ECOPETROL solicitó lo siguiente:

**SEXTA PRETENSION PRINCIPAL:** Que se declare que HUPECOL y/o CEPOLSA 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.

Desde este punto de vista encuentra el Tribunal que en el expediente no se encuentra acreditado el volumen de los hidrocarburos que le adeuda CEPCOLSA a ECOPETROL por razón de las Pruebas Extensas de Producción. A lo anterior se agrega que por comunicación del 5 de marzo de 2007 (folio 75 del cuaderno de pruebas No. 3), HUPECOL, sin renunciar a su posición, aceptó continuar con la ejecución del Contrato de Asociación de acuerdo con la interpretación de ECOPETROL. Finalmente, en el otrosí al Contrato de Asociación del 14 de marzo de 2008, las partes pactaron cuáles deberían ser las consecuencias de las declaraciones del Tribunal, sin que por otro lado el Tribunal disponga de elementos para establecer que el volumen allí pactado corresponde al 30% del crudo producido.

Por todo lo anterior se negará esta pretensión.

#### **4. OCTAVA PRETENSIÓN**

Como se dijo en la parte introductoria del presente Laudo, mientras 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.

En su alegato de conclusión (folios 107 a 121 del cuaderno principal No. 2) CEPCOLSA sostiene que para el año 2001 en que fue suscrito el Contrato objeto de este proceso ya se habían efectuado los ajustes al Contrato de Asociación definidos por la Junta Directiva de ECOPETROL el día 15 de marzo de 1994 que incluían, entre otros, la modificación de la cláusula de la distribución de la Producción Escalonada por el Factor R, los pozos secos y la sísmica dentro de los Costos Directos de Exploración. Así, con el análisis de las correspondientes cláusulas señala que *“hasta antes del año 1994 no quedaba duda de que dentro de los Costos Directos de Exploración, se reconocían únicamente los costos de perforación de los pozos de exploración que resultaran productores”,* pero que en 1997 *“se incorporó dentro del Anexo B, un nuevo Costo Directo de Exploración para reconocer que es el correspondiente al abandono de los pozos secos, pero no se modificó la definición que venía desde 1995 sobre los Costos Directos de Exploración, y por éste motivo hoy ECOPETROL debería reconocer el costo de perforación y abandono de los pozos que resulten secos”*. Concluye, que *“No se puede inferir de lo dispuesto en la cláusula 17.2.1. del Anexo B del Contrato que lo único que reconoce ECOPETROL de los pozos secos es el costo de abandono, sino que de la definición de Costos Directos de Exploración se deduce que son todos los Pozos Exploratorios, sean productores o secos y de estos últimos adicionalmente, de conformidad con este numeral 17.2.1, los costos de abandono, los cuales se están reconociendo a partir de 1997”*. En su interpretación *“como las definiciones de Costos Directos de Exploración y Pozos Exploratorios siguieron intactas, las mismas deben respetarse y no se puede inferir que lo único que reconoce ECOPETROL*

*de los pozos secos es el costo de abandono*". Finalmente, sostiene que de las pruebas se desprende que sólo hasta el mes de enero de 2008 ECOPETROL formuló objeción al reconocimiento del reembolso de los Costos Directos de Exploración de los Pozos Secos.

En su alegato de conclusión (folios 289 a 291 del cuaderno principal No. 2) HUPECOL reitera lo expuesto y agrega que en ninguna parte el contrato señala que el pozo exploratorio cuyos Costos Directos de Exploración debe reembolsar ECOPETROL sea uno productor comercial, que la supuesta especialidad del Anexo B no es razón para sostener la tesis de la convocante porque la cláusula 28 determina claramente que el texto del contrato prevalece sobre los anexos en caso de oposición entre ellos, que la evolución de los contratos de asociación demuestra que ECOPETROL paga de tiempo atrás los costos directos asociados a los pozos secos en campos productores y que eso es lo que dice el contrato de asociación Caracara, todo lo cual es coherente con la naturaleza y estructura de dicho tipo contractual de riesgo compartido, pues en esos costos se incurre, precisamente, para realizar el descubrimiento que luego resulta comercial.

Posición del Ministerio Público:

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:

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).

#### 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 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).

No es este, por tanto, un caso en el que se aplique la máxima de lógica según la cual *inclusio unius est exclusio alterius*, por cuanto el propósito del precepto convencional incluido en la cláusula 17.2.1 del Anexo B, a juicio del Tribunal, tiene un objetivo distinto como es, precisamente, al contrario de lo que alega ECOPETROL, incluir expresamente dentro de la noción de los costos de exploración que deben ser reembolsados, aquellos correspondientes al costo de abandono de los pozos secos.

La mención que hace la misma cláusula de “el costo de abandono” de los pozos secos, solo tiene el efecto de aclarar que este costo específico también está incluido, pero no significar que se hayan excluido los costos de la perforación.

En igual sentido se expresan algunos testigos.

El ingeniero Gildardo de Jesús Gil Cardona dijo lo siguiente:

(Pregunta el doctor Garrido): La pregunta es la siguiente ingeniero GIL, ¿Usted sabe o conoce o tuvo alguna participación sobre la razón por la cual se incluyó en esa cláusula la frase que dice “y el costo de abandono de los pozos de exploración que hayan resultado secos”...?

GILDARDO DE JESÚS GIL CARDONA: Tiene que ser la de reconocer los costos o la parte correspondiente a los costos de abandono de los pozos exploratorios que hayan resultado secos, porque el costo de perforación y de todo está reconocido antes (...) de acuerdo con la cláusula 9.3 del contrato y ajustado conforme a lo dispuesto en el párrafo de la cláusula 9 numeral 9.2 y costos directos de exploración, son los costos de perforación de pozos productores y secos perforados antes de la comercialidad, o sea que hay (sic, por ahí) ya están reconociendo la perforación de los pozos, entonces en la otra tiene que haber, además de los costos de perforación los costos de abandono, porque no tiene ninguna lógica que se vayan a reconocer los costos de abandono y no se vayan a reconocer los costos de exploración que es la actividad que yo primero hago... (Cuaderno de pruebas 6.2 Folios 201 y 202).

Véase también el testimonio del ingeniero Luis Alberto Moncada:

A partir de 1995, la Junta Directiva de ECOPETROL cambió los términos conceptuales y decidió reconocer todos los gastos exploratorios, si había lógicamente un campo comercial, pozos secos y todo...(Cuaderno de Pruebas 6.2. Folio 29).

Y también en igual sentido, el del abogado Gustavo Suárez Camacho:

...este es un caso típico en que el contrato MODELO RONDA 2000 mejoraba las condiciones para las compañías, porque es que antes el reembolso solo era para costos directos de exploración de pozos productores, ECOPETROL dijo, sabe que le voy a dar una gabela adicional, también lo voy a reembolsar otros costos de exploración, no necesariamente relacionados directo (sic) con el pozo que fue descubridor, si tuvo pozos secos también le voy a reembolsar parte de los costos,

ese es un ejemplo que yo digo mejoraba para las compañías petroleras...  
(Cuaderno de Pruebas 6.2 Folio 127).

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,

## **5. PRETENSIÓN NOVENA**

Pronunciamiento sobre las pretensiones de condena

Por otra parte, en la pretensión novena ECOPETROL solicitó que “en virtud de las declaraciones anteriores y tal como se establece en el Otrosí número uno del contrato se condene a HUPECOL y/o a CEPOLSA a pagar” las cantidades de petróleo que en dicha pretensión se determinan.

A este respecto observa el Tribunal que en el Otrosí al Contrato de Asociación del 14 de marzo de 2008 (folios 59 a 63 del cuaderno de pruebas No. 1) se indicó en sus considerandos 4º y 6º lo siguiente:

4. A la fecha de suscripción de este Otrosí, las partes no tienen diferencias de interpretación o de otra clase en cuanto a: i) los volúmenes producidos durante la ejecución de las pruebas extensas de producción ii) los precios de venta de dichos volúmenes y, iii) tampoco respecto de la metodología adoptada a efectos de establecer los volúmenes que constituyen materia de la controversia.

(...)

6. Teniendo en cuenta lo anterior, las partes están de acuerdo en valor el conflicto así: 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, a favor de ECOPETROL, si el tribunal acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto a la distribución de pruebas extensas y acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto al no reembolso de los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos; 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 pruebas extensas 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 pruebas extensas y acoge la interpretación de ECOPETROL en cuanto al no reembolso de los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos; 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.

Igualmente en el párrafo tercero de la cláusula primera de dicho acuerdo se estipuló:

PARAGRAFO TERCERO. TRANSACCION. La decisión que el adopte el tribunal de arbitramento deberá incorporar las obligaciones y consecuencias legales y económicas que a cada una de las Partes le correspondan, teniendo como límites los volúmenes máximos a entregar bajo las diferentes posiciones previstas en el Considerando No 6 de este documento, respecto de las cuales las Partes han transigido y se entenderá como el límite máximo de una eventual condena.

Así las cosas, en la medida en que el Tribunal ha acogido la interpretación de ECOPETROL en lo relacionado con las pruebas extensas de producción y la de HUPECOL y CEPCOLSA en lo relativo a los Costos Directos de Exploración de los pozos exploratorios secos, debe el Tribunal acoger la fórmula pactada por las partes en el numeral ii) del considerando 6º de su pacto compromisorio y por ello se condenará a CEPCOLSA a pagar a ECOPETROL 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.

Vale la pena aclarar que dicha condena se limita a dar efecto a la estipulación incluida por las partes en el Otrosí al Contrato de Asociación, y en el cual las partes dispusieron de sus derechos en esta materia, sin que ello implique que el Tribunal haya examinado cómo se determinó dicha cantidad, como en general no le corresponde a un juez apreciar la conveniencia o oportunidad de estipulaciones de un contrato, como por ejemplo cláusulas penales, cuando las mismas no han sido impugnadas ni es manifiesta su ilegalidad.

## **CAPITULO VI**

### **EXCEPCIONES Y MEDIOS DE DEFENSA**

Finalmente considera el Tribunal necesario pronunciarse sobre los medios de defensa planteados por las sociedades demandadas.

**“Abuso de posición dominante”.**

Después de hacer referencia a las normas constitucionales y legales que sancionan el abuso del derecho, señala el apoderado de HUPECOL que ECOPETROL ha abusado de su posición dominante, pues ha impuesto su visión del contrato, condicionando el derecho de acceso a la justicia a que se aceptara tal posición. Además, ha pretendido interpretar el Contrato en forma abusiva, prevalida de su posición de dominio evidente al interior de la relación. A este respecto HUPECOL manifiesta que el 5 de marzo de 2007, por solicitud de ECOPETROL y sin renunciar a su posición, HUPECOL aceptó provisionalmente continuar el desarrollo y ejecución del Contrato de Asociación Caracara bajo la interpretación de ECOPETROL, con el único propósito de lograr de ésta las siguientes acciones: la suscripción de un compromiso arbitral y llegar a un acuerdo para la no devolución de un área específica que resultaba interesante para HUPECOL.

A juicio del Tribunal los hechos que relata HUPECOL en manera alguna constituyen un abuso de posición dominante que pueda afectar las pretensiones de ECOPETROL.

En efecto, en el derecho Colombiano contemporáneo se pueden distinguir dos fenómenos: el abuso de posición dominante en el mercado y el abuso de posición dominante en los contratos. El primero está previsto en la Constitución Política (artículo 333), y supone, de una

parte, una posición de dominio, esto es, que una empresa tiene capacidad para determinar las condiciones del mercado (artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), y de otro lado, que la misma actúa de una manera abusiva, lo cual por regla general significa que se actúa con el propósito o con el efecto de afectar la competencia (artículo 50 ibídem). Por el contrario, el segundo, que está contemplado en algunas leyes (artículo 133 de la ley 142 de 1994 y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y al que alude la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, hace relación al hecho de que en una relación concreta una empresa tiene un poder de negociación, lo cual puede ocurrir independientemente de si existe o no poder dominante en el mercado y si se afecta la competencia en el mismo, y abusa del mismo.

Es claro para el Tribunal que en el presente caso no se hace referencia a un abuso de posición dominante en el mercado, pues no se alude a que ECOPETROL tiene en general una posición de dominio en ese escenario y que la misma realizó alguna conducta con el propósito o con el efecto de limitar la competencia en el mercado. En efecto, a lo que se refiere el apoderado es que ECOPETROL utilizó su posición en la relación con HUPECOL para imponerle condiciones a esta última.

Desde esta perspectiva considera el Tribunal que el abuso de posición dominante al que alude el demandado debe ser analizado con base en las normas que protegen la libertad en el consentimiento, pues en últimas esto es lo que se invoca cuando se sostiene que se consintió porque la otra parte impuso determinadas condiciones.



Desde este punto de vista, debe recordar el Tribunal que el ordenamiento protege la libertad de consentimiento a través de la regulación de la violencia como vicio del consentimiento (artículos 1513 y 1514 del Código Civil). Ahora bien, la violencia puede resultar no sólo de la coacción física, sino también puede ser el producto de otro tipo de fuerza. Dicha coacción puede resultar del ejercicio de un derecho o incluso, según expresó la Corte<sup>14</sup> en sentencias del 5 de octubre de 1939 y 28 de julio de 1958, puede resultar de las circunstancias.

A este respecto conviene recordar que la violencia o coacción para que vicie el consentimiento supone dos elementos: de una parte, que la misma sea determinante para obtener el consentimiento, y de otra, que sea injusta, es decir que las conductas a través de las cuales se ejerce presión sobre la otra parte no encuentren justificación en el ordenamiento<sup>15</sup>. Desde esta perspectiva cuando se acude a la fuerza física es claro que se emplea un medio ilícito. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina, ha aceptado que también puede haber violencia cuando se obtiene la celebración del contrato utilizando como instrumento de presión el ejercicio de un derecho, en la medida en que tal ejercicio haya sido abusivo<sup>16</sup>, lo cual implica examinar “si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral o si fue aplicado cierto modo de presión que a la luz de la buena fe aparezca como excesivo, injusto o

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 5 de octubre de 1939, en G.J. Tomo 48, Página 720; y del 28 de julio de 1958, en G.J. Tomo 88, Página 561.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de abril de 1969, en G.J. Tomo 130, página 27. En el mismo sentido Jacques, Ghestin. *Traité de Droit Civil. Le Contrat*. 1ª ed. LGDJ, números 449 y siguientes.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de octubre de 1939, en G. J. Tomo 48, Página 720.

intocable, con la mira a conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho a producir éste”.

De este modo, el ordenamiento reprime los contratos que una parte ha celebrado coaccionada por el ejercicio abusivo que la otra hace de su derecho. A tal efecto es importante destacar que no basta demostrar que una de las partes tenía un derecho que le permitía presionar el consentimiento de la otra, sino que actuó abusivamente, pues en virtud de esa presión se obtuvo un acuerdo contrario al ordenamiento y particularmente al principio de la buena fe, en la medida es que es excesivo o injusto.

En el presente caso no encuentra el Tribunal demostrada la coacción que ejerció ECOPETROL. Además, en todo caso, tampoco encuentra el Tribunal que la convocante se haya aprovechado para obtener beneficios indebidos, pues simplemente las partes decidieron ejecutar el Contrato conforme a la interpretación de ECOPETROL, pero sin perjuicio del derecho de HUPECOL de obtener el pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral. Por lo demás, aún cuando no se hubiera suscrito el pacto arbitral, HUPECOL conservaba su derecho de acceder a la justicia, pues podía acudir al aparato jurisdiccional permanente del Estado, por lo cual no puede concluirse que a través de la conducta de ECOPETROL se afectaba su derecho a acudir a la justicia.

#### **“Ejercicio arbitrario de las propias razones”.**

Señala HUPECOL que ECOPETROL ha pretendido ejercer de manera arbitraria su posición de dominio al interior de la relación contractual

para forzar a su contraparte a aceptar una interpretación unilateral, con lo cual ECOPETROL ha olvidado que el contrato se rige por el derecho privado. Precisa que se ve reflejado el abusivo proceder de ECOPETROL en su pretensión de interpretar dos cláusulas del Anexo en forma aislada del resto del contrato, olvidando que éste no puede oponerse al Contrato.

A este respecto observa el Tribunal que como quiera que en lo atinente a pruebas extensas ha adoptado la interpretación de ECOPETROL, la cual considera ajustada al Contrato, es claro que respecto de dicha pretensión no proceden los medios de defensa propuestos por HUPECOL.

Por lo demás, en lo relativo al alcance de la obligación de reembolso de los Costos Directos de pozos secos no puede afirmarse que una diferencia de interpretación por parte de ECOPETROL frente a la Asociada, constituya por sí sola un ejercicio arbitrario de las propias razones o mala fe.

**“La pretensión de ECOPETROL altera la conmutatividad prestacional del Contrato de Asociación”**

Señala HUPECOL que en los contratos de riesgo compartido, la causa eficiente de las partes es el sistema de distribución de riesgos. La pretensión de ECOPETROL implica desconocer el texto del contrato y la voluntad de las partes, y alterar la conmutatividad prestacional del contrato de asociación.

En relación con este aspecto observa el Tribunal que el contrato de asociación no tiene un régimen legal de orden público. Así las cosas, su contenido y el equilibrio que del mismo se desprende dependerán de lo que las partes hayan estipulado. En esta medida, habiendo el Tribunal concluido cuál es el sentido del Contrato de Asociación, en cuanto a la distribución de la producción durante las pruebas extensas, no puede el Tribunal alterar dicha conclusión por considerar que debería existir un equilibrio distinto. Por ello no prospera este medio de defensa.

**“Enriquecimiento sin causa y torticero de ECOPETROL”.**

Señala HUPECOL que definido el sistema de distribución de riesgos y probada la intención de las partes, todo esfuerzo de una de ellas por romper dicho equilibrio, no solo constituye abuso del derecho sino que además trae como consecuencia que todo beneficio que por esa vía se pretenda obtener constituirá enriquecimiento ilegítimo o sin causa.

Desde esta perspectiva observa el Tribunal que habiéndose reconocido por él que lo pactado por las partes en materia de pruebas extensas corresponde a la interpretación de ECOPETROL, es claro que no procede un reconocimiento de enriquecimiento sin causa, pues éste supone la ausencia de una causa jurídica y en este caso lo que invoca la demandante es precisamente el Contrato, que el Tribunal interpreta en la forma que lo hace ECOPETROL. Así las cosas, en esta materia no prospera este medio de defensa.

En lo que se refiere al reembolso de los Costos Directos de Exploración de Pozos Secos, como ya se vio, el Tribunal considera que la

interpretación que se ajusta al Contrato es la de las demandadas, y por ello es claro que ECOPETROL terminaría enriqueciéndose indebidamente si no se reembolsa la totalidad del valor correspondiente a tales Costos Directos.

En todo caso, en la medida en que la pretensión en sí misma no está llamada a prosperar, no habrá lugar a pronunciamiento expreso sobre este medio de defensa en la parte resolutive de esta providencia.

**“Nadie puede alegar su propio error o negligencia”.**

Señala HUPECOL que aún aceptando en gracia de discusión que ECOPETROL hubiera querido ser propietaria del 100% de la producción durante las pruebas extensas, evidente resulta que no fue eso lo que ofreció a los particulares y que tampoco fue eso lo que se acordó en el contrato. Agrega que si ECOPETROL no quería permitir que el asociado dedujera sus costos con la totalidad de la producción que corresponde a ECOPETROL, debió decretar la comercialidad o exigir a la asociada que operara bajo la modalidad de solo riesgo.

A este respecto observa el Tribunal respecto de las pruebas extensas de producción, que la interpretación de ECOPETROL corresponde a lo pactado en el Contrato. Por otra parte, si el Contrato daba la opción a ECOPETROL para que se realizaran pruebas extensas, la conducta de ésta de haber procedido a dichas pruebas y haber aplicado las reglas contractuales previstas para tal evento, en manera alguna es reprochable, pues así se había pactado contractualmente y no se ha

demostrado un abuso del derecho. Por ello no prospera este medio de defensa.

**“La absoluta imposibilidad para el profesional de los negocios de venir en contra de sus propios actos”. “Nadie puede alegar su propia culpa (venire contra factum proprium)”.**

Señalan las demandadas que ECOPETROL ha incurrido en una conducta contradictoria, y por ello contraria a la buena fe, porque en el caso de los pozos secos y el reembolso de los costos directos a ellos asociados, efectuó siempre el reembolso sin objeción alguna. De hecho, sus auditores señalaron ese punto en algún momento y ECOPETROL no lo planteó siquiera. Por ello, afirman las demandadas que ECOPETROL viene contra sus propios actos cuando ahora afirma que no era procedente tal reembolso. Agrega HUPECOL que en el caso de la distribución de la producción en pruebas extensas la situación es todavía más clara, pues ECOPETROL, con la pretensión que aquí formula, viene en contra de toda la concepción de la política petrolera del Estado Colombiano, de lo que ella ofreció en su momento a los particulares y más grave aún, de lo que pactó en el contrato de asociación.

Al respecto observa el Tribunal que en lo que corresponde a la distribución de la producción durante las pruebas extensas de producción, no existe una contradicción por parte de ECOPETROL, pues de una parte la misma no había reconocido el derecho de la Asociada en el presente caso a una distribución distinta a la que se desprende de la interpretación del Contrato que invoca en el proceso, y así mismo, no encuentra el Tribunal que la interpretación de ECOPETROL sea contraria

a lo que se ofreció durante la etapa previa a la celebración del Contrato que, como ya se dijo, se refería a la producción una vez obtenida la comercialidad.

Por otra parte, en lo relativo a los Costos Directos de Exploración de los Pozos Secos es claro que ECOPETROL incurrió en una conducta contradictoria, pues reembolsó inicialmente todos los costos directos de los pozos secos, y posteriormente, adoptó una conducta contraria, la que además no es conforme a la interpretación integral del Contrato.

En todo caso, en la medida en que la pretensión en sí misma no está llamada a prosperar, no habrá lugar a pronunciamiento expreso sobre este medio de defensa en la parte resolutive de esta providencia.

**“Ha operado y de tiempo atrás, la caducidad contractual para que ECOPETROL pudiera efectuar reclamación alguna”. “Caducidad contractual pactada. Extinción del derecho de Ecopetrol de censurar y objetar el Reembolso de los Costos Directos de Exploración de los Pozos Exploratorios Secos”. “Ha prescrito de tiempo atrás todo derecho de Ecopetrol para cuestionar y reclamar las cuentas de la Asociada en relación con el reembolso de los Pozos Secos”.**

A tal efecto expresan las partes demandadas que ECOPETROL dejó vencer el plazo señalado en las cláusulas 6.6. y 2.4. del contrato, como consecuencia de lo cual se extinguió su derecho a objetar las cuentas presentadas por la Asociada. En este sentido precisan que sólo hasta el 28 de enero de 2.008 y por primera vez ECOPETROL objetó tal reembolso.

Sobre el punto observa el Tribunal que en la medida en que no ha encontrado que prospere la pretensión de ECOPETROL no hay lugar a estudiar este medio de defensa.

**“Las partes están obligadas por virtud del Compromiso a recalcular todas las recuperaciones o reembolsos realizados por ECOPETROL con ocasión de las pruebas extensas de producción desde el momento en que por imposición de ECOPETROL se exigió a HUPECOL variar la metodología”. “Obligación de las partes de recalcular todas las recuperaciones o reembolsos realizados por Ecopetrol por concepto de pruebas extensas de producción desde el mes de noviembre de 2007, cuando el contrato se comenzó a ejecutar bajo la interpretación de Ecopetrol”.**

Señalan las sociedades demandadas que de conformidad con el compromiso, de prosperar la interpretación dada por ellas a la cláusula 3 numeral 3.5 del Anexo B, se debe recalcular la forma en la cual las demandadas han reembolsado el 30% de los Costos Directos de Exploración de las Pruebas Extensas de Producción de los pozos, desde la fecha ya determinada por las partes en el Compromiso, inicialmente hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y de allí en adelante conforme lo que indique el Tribunal. Igualmente y como consecuencia de lo anterior, ECOPETROL deberá reintegrar a las demandadas los barriles de petróleo que resulten de dicha operación de recálculo.

Sobre el punto observa el Tribunal que este medio de defensa no está dirigido a enervar la pretensión formulada, sino a establecer una



consecuencia para el evento en que se acoja la interpretación de las demandadas. En la medida en que el Tribunal no ha acogido esta interpretación no procede estudiar las solicitudes que en este punto formulan las demandadas.

**“Interpretación de las cláusulas ambiguas en los contratos de adhesión a favor de la asociada como adherente”.**

Señala CEPCOLSA que el Contrato de Asociación es de adhesión y por ello en la medida en que existe ambigüedad en las cláusulas 3, numeral 3.5, y 17, numeral 17.2.1 del Anexo B del Contrato, se debe dar aplicación al artículo 1624 del Código Civil que impone interpretar las cláusulas ambiguas en contra de quien las redactó.

A este respecto recuerda el Tribunal que el artículo 1624 del Código Civil dispone:

**No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación**, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella (se subraya y destaca).

Desde esta perspectiva observa el Tribunal que de acuerdo con el precepto legal, la interpretación de una cláusula en contra de quien la redactó procede cuando no se haya podido desentrañar el sentido de la misma con las demás reglas de interpretación. Se trata pues de un criterio subsidiario que tiene por propósito sancionar a quien ha redactado el contrato y ha incumplido la carga de claridad.

En el presente caso, tanto respecto de la distribución de la producción de las pruebas extensas, como respecto del reembolso de los Costos Directos de Exploración de los Pozos Secos, el Tribunal ha determinado cuál es el verdadero sentido de las estipulaciones contractuales, razón por la cual no es del caso aplicar el criterio de interpretación mencionado por CEPCOLSA, motivo por la cual este medio de defensa no puede prosperar.

**“La interpretación de Ecopetrol del Contrato de Asociación Caracara es contraria a la intención de las partes y a la filosofía del contrato de asociación anunciado en la Ronda 2000”. “La intención de las partes al momento de suscribir el Contrato de Asociación Caracara debe prevalecer”**

Señala CEPCOLSA que la interpretación de ECOPETROL tanto en materia de distribución de las pruebas extensas de producción, como en materia de reembolso de los costos directos de Pozos Secos, es contraria a la interpretación armónica del contrato, a la filosofía del mismo y a la intención de las partes.

En relación con este medio de defensa, el Tribunal ya ha señalado que no está acreditado que en materia de distribución de la producción de las pruebas extensas la intención de las partes sea distinta al texto del Contrato. Igualmente no encontró el Tribunal que la misma sea contraria a la filosofía del contrato de asociación. Por lo anterior este medio de defensa no está llamado a prosperar en cuanto se refiere a la distribución de la producción de las pruebas extensas.

Por el contrario, en materia de reembolso de Costos Directos de Exploración de Pozos Secos, el Tribunal ya ha señalado que la interpretación que se ajusta al Contrato es la de las demandadas, por lo que, en la medida en que la pretensión en sí misma no está llamada a prosperar, no habrá lugar a pronunciamiento expreso sobre este medio de defensa en la parte resolutive de esta providencia.

**“Prevalencia del contrato sobre el Anexo B”.**

Señala CEPCOLSA que en el presente caso existe una contradicción entre el texto del Contrato y el Anexo B, por lo cual a la luz de la cláusula 28.1 del Contrato el mismo debe prevalecer.

Sobre este punto encuentra el Tribunal que no existe contradicción entre el texto del Contrato y el del Anexo B. En efecto, en materia de distribución de la producción de las Pruebas Extensas no existe una regla en el texto del Contrato que regule el punto, pues las estipulaciones sobre distribución de la producción se refieren fundamentalmente a otras hipótesis, esto es, al evento en que el campo ha sido declarado Campo Comercial o al caso en que se explota bajo la modalidad a Solo Riesgo.

Por lo que hace referencia al reembolso de Costos Directos de Exploración respecto de los Pozos Secos, considera el Tribunal que el Anexo B no contradice el Contrato, sino que lo complementa, para aclarar que el reembolso incluye los costos de abandono.

Por lo anterior este medio de defensa no está llamado a prosperar.

**“Obligación de Ecopetrol de reembolsar los costos directos de exploración de las Pruebas Extensas con el 30% de la producción que le pertenece”.**

Señala CEPCOLSA que el derecho de la Asociada a tomar el 70% de la producción surgió desde el momento en que se suscribió el Contrato, independientemente de la procedencia del crudo, pues la cláusula 14 establece una regla general cuya única excepción es la modalidad de Solo Riesgo de la cláusula 9.8.

Al respecto observa el Tribunal que, como ya se dijo en otro aparte de este Laudo, la primera parte de la cláusula 14 del Contrato sólo establece que los hidrocarburos producidos se distribuirán en las proporciones estipuladas en el contrato, sin establecer porcentajes determinados. La segunda parte de esta estipulación establece una distribución que se aplica a los Campos declarados Comerciales, por lo que no cubre la distribución de producción de las pruebas extensas.

En esta medida es claro que este medio de defensa no está llamado a prosperar.

**“Obligación de Ecopetrol de reembolsar los costos directos de exploración de los pozos que hayan resultado secos”.**

Como ya se dijo en otro aparte del Laudo, de la recta interpretación del contrato se desprende que ECOPETROL debe reembolsar los Costos Directos de Exploración de los Pozos Secos. En todo caso, en la medida

en que la pretensión en sí misma no está llamada a prosperar, no habrá lugar a pronunciamiento expreso sobre este medio de defensa en la parte resolutive de esta providencia.

**“Penalización o castigo por parte de Ecopetrol a la asociada que en forma eficiente recupera sus costos antes de la declaratoria de comercialidad”.**

Señala CEPCOLSA que a través de la interpretación de ECOPETROL se penaliza o castiga a la Asociada por su eficiente actividad en la etapa exploratoria, particularmente en las pruebas extensas de producción concebidas para beneficio de ECOPETROL. Agrega que financieramente es supremamente perjudicial que ECOPETROL participe en la producción sin haber invertido un solo centavo.

A este respecto observa el Tribunal que en principio corresponde a las partes en un contrato determinar el equilibrio que ha de regirlo, salvo que existan normas de orden público o que se trate de aquellos contratos respecto de los cuales la legislación y la jurisprudencia han reconocido la posibilidad de que el juez intervenga para evitar cláusulas abusivas que causan un desequilibrio contra la buena fe, como ocurre en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, así como en aquellos celebrados a través de las denominadas condiciones generales o con abuso por parte de una de los contratantes. Así las cosas, en los demás eventos, como ocurre en el presente caso, el juez no puede alterar el equilibrio pactado en un contrato. Por consiguiente, se denegará este medio de defensa.

**“Buena fe contractual de CEPESA”.**

Señala CEPCOLSA que su comportamiento ha sido de buena fe y que no es de recibo la afirmación de ECOPETROL en el sentido que HUPECOL pretende venir contra su propio acto de adherir al contrato de asociación sin reservas.

Al respecto encuentra el Tribunal que en la medida en que la decisión del Tribunal en materia de distribución de pruebas extensas no se apoya en una pretendida conducta contradictoria de la Asociada, sino en la recta interpretación del Contrato, es claro que este medio de defensa no es pertinente.

**“Los hidrocarburos pertenecen a la Nación y a través de los contratos de asociación se otorga a la Asociada desde su suscripción un interés económico en dichos hidrocarburos a partir de su extracción”.**

Expresa CEPCOLSA que el Contrato de Asociación le otorga un derecho sobre el hidrocarburo extraído del subsuelo, en la proporción señalada en el respectivo contrato, que es 70% para CEPCOLSA y 30% para ECOPETROL. Agrega que este interés de CEPCOLSA no depende de la etapa en la cual se encuentre el contrato de asociación. Advierte que no es cierto que ECOPETROL tenga derecho a apropiarse del 100% de la producción sin inversión alguna. Si ello fuera así la propiedad sería de la Nación y no de ECOPETROL.

Sobre el punto se observa:

En otro aparte de este Laudo el Tribunal analizó con detalle la distribución de las pruebas extensas y concluyó que debe aplicarse el Anexo B del Contrato, pues el texto principal del Contrato no establece una regla general de distribución de la producción aplicable a todas las fases y menos aún establece una distribución de la producción durante las pruebas extensas.

En esta medida no prospera este medio de defensa.

**“Mala fe contractual”.**

Señala HUPECOL que ECOPETROL ha obrado de mala fe en la ejecución del contrato de asociación, pues ha interpretado el Contrato a contrapelo de la clara intención de las partes y de lo allí plasmado y ha buscado colocar a su contraparte en una situación de indefensión para obtener un beneficio no previsto.

Agrega que para presionar a HUPECOL se atrevió a consignar en su escrito de demanda original las pretensiones cuarta y décima que buscaban obtener declaraciones en torno a supuestos incumplimientos de la convocada cuando tal materia fue claramente excluida por las partes al celebrar el compromiso, pero que al advertir su garrafal error, que transmitía su actitud contractual, no tuvo más remedio retirar las malhadadas pretensiones.

Habiendo reconocido el Tribunal que lo pactado por las partes en materia de pruebas extensas corresponde a la interpretación de ECOPETROL, es claro que no puede sostenerse su mala fe cuando el

sustento de la pretensión es precisamente el Contrato, que el Tribunal interpreta en la forma que lo hace la demandante.

En lo que se refiere al reembolso de los Costos Directos de Exploración de Pozos Secos, aunque el Tribunal considera que la interpretación que se ajusta al Contrato es la de las demandadas, no encuentra que en la tesis de ECOPETROL haya existido mala fe y mucho menos que ella se haya probado, así como tampoco encuentra que en la interpretación que tenían las demandadas de la cláusula 3.5 del Anexo B haya existido mala fe, a pesar de que el Tribunal haya llegado a un conclusión distinta.

Por lo anterior no prospera este medio de defensa.

## **CAPITULO VII**

### **LA CONDUCTA DE LAS PARTES Y DE SUS APODERADOS Y COSTAS**

En varias oportunidades HUPECOL y CEPOLSA alegaron que ECOPETROL había tenido un comportamiento temerario, desde la formulación de la demanda, al vincular a aquella a pesar de la reconocida existencia de la cesión, y a lo largo del proceso, por supuestas conductas relacionadas con la falta de aportación u ocultación de documentos. A términos del artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal considera que no ha existido ni temeridad ni mala fe proveniente de ninguna de las partes ni de sus apoderados. Los motivos expuestos por ECOPETROL para dejar de exhibir algunos pocos documentos, dentro del enorme volumen de los mismos al que se extendió la petición de las demandadas, y la evidencia probatoria obtenida en el curso del proceso, no permiten aventurar esa



conclusión. La certeza obtenida por el Tribunal con todo el material probatorio no se ve afectado por indicio grave alguno que pudiera imputarse a ECOPETROL. En esta forma se resuelve la solicitud de la parte convocada del 16 de diciembre de 2008.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no se hace condena alguna por este concepto ni condena en costas a ECOPETROL ni a HUPECOL y CEPOLSA.

A pesar de lo anterior, de lo expuesto en las consideraciones precedentes, el Tribunal encuentra que ninguna justificación existió para que ECOPETROL hubiera formulado demanda contra HUPECOL, con prescindencia de las obligaciones que a nivel contractual pudiera tener ésta frente a la cesionaria CEPSA. Por esa razón, se condenará a la convocante a reembolsar a HUPECOL el 50% de las sumas que estuvieron a cargo de la parte demandada por concepto de gastos y honorarios, equivalentes al 25% del total, esto es, la suma de \$139.939.250 y a pagarle agencias en derecho por la suma de \$32.250.000, para un total de \$172.189.250.

Por lo demás, los dineros sobrantes de la partida "*Protocolización y otras gastos*", serán devueltos por la Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

## **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias formuladas por ECOPETROL S.A. contra HUPECOL CARACARA LLC y CEPESA COLOMBIA S.A. – CEPCOLSA –, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones Primera, Segunda y Séptima principales de la demanda, con la advertencia que no hay lugar a pronunciamiento sobre pretensiones subsidiarias de aquellas porque no se solicitaron.

**SEGUNDO.-** Declarar 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.

**TERCERO.-** Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto de HUPECOL CARACARA LLC y que ésta denominó *“Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HUPECOL y CEPESA: las pretensiones de la demanda en ese sentido están mal formuladas y corroboran la mala fe de la convocante”*.

**CUARTO.-** Negar todas las pretensiones de la demanda respecto de la demandada HUPECOL CARACARA LLC.

**QUINTO.-** Negar las pretensiones Sexta y Octava principales de la demanda, con la advertencia que no hay lugar a pronunciamiento sobre pretensiones subsidiarias porque no se solicitaron.

**SEXTO.-** Declarar que en virtud de lo establecido en la Cláusula 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. Y que 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

**SÉPTIMO.-** Declarar que a partir de la ocurrencia de la recuperación o 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.

**OCTAVO.-** Condenar a CEPSA COLOMBIA S.A. – CEPCOLSA , a pagar a ECOPETROL S.A. 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.

**NOVENO.-** Condenar a ECOPETROL S.A. a pagar a HUPECOL CARACARA LLC la suma de ciento setenta y dos millones ciento ochenta y nueve mil doscientos cincuenta pesos (\$172.189.250) moneda corriente, a título de costas.

**DÉCIMO.-** Disponer que los dineros sobrantes de la partida *“Protocolización y otras gastos”*, serán devueltos por la Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

Notifíquese y cúmplase.

**ADELAIDA ÁNGEL ZEA**

Arbitro

**HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA**

Arbitro

**JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA**

Arbitro

**ROBERTO AGUILAR DÍAZ**

Secretario