

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** (en adelante **OCENSA**), por una parte, y **CIT COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN** (en adelante **CITCOL**), por la otra, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

CAPITULO I ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Es el Contrato de Servicios Técnicos y Administración suscrito el 31 de marzo de 1995 entre **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** y **CIT COLOMBIANA S.A.**, conocido también entre las partes como el **TSMA** por las siglas de la versión en inglés de “*Technical Services and Management Agreement*”, en adelante el **TSMA**, el cual obra en copia auténtica en el expediente en su versión en inglés a folios 1 y ss. del Cuaderno de Pruebas N° 1 y su traducción oficial al castellano a folios 52 a 76 del mismo cuaderno.

2. El Pacto Arbitral.

En el **TSMA**, se pactó arbitraje en la Sección 9.12 en los siguientes términos:

“Sección 9.12. Resolución de Controversias. (a) Controversias. En caso que:

(i) surja alguna controversia, reclamación o conflicto entre el Propietario y CITCOL en relación con el presente Contrato, incluyendo la terminación o nulidad del mismo (en adelante denominada “Controversia”), y

(ii) las partes no pudieren llegar a un acuerdo respecto de dicha Controversia dentro de un término de sesenta (60) Días (o cualquier otro plazo que puedan convenir las Partes), a partir de cuando una de ellas notifique a la otra Parte acerca de dicha Controversia,

la Controversia en cuestión se resolverá entonces, a solicitud de una de las Partes, mediante arbitraje obligatorio, de conformidad con las disposiciones expuestas a continuación en esta sección, las cuales constituirán el recurso único y exclusivo para la resolución de dicha Controversia. Todo incumplimiento fundamentado en esa Controversia se considerará suspendido hasta que se resuelva la Controversia en cuestión, siempre que la Parte acusada de incumplimiento proceda en forma diligente en cuanto al arbitraje. Para efectos de mayor claridad y certeza, el arbitraje ni estará a disposición de nadie que no sea una de las Partes, y el requisito para arbitrar arriba mencionado no impide a una Parte pretender obtener contribución, indemnización o daños de la otra parte en los procesos judiciales instaurados por terceros ante tribunales de jurisdicciones competentes. Cualquier tribunal con jurisdicción podrá emitir un fallo sobre el arbitraje.

(b) Procesos: Todas las Controversias deberá resolverlas un Tribunal de Arbitraje designado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá por sorteo entre los árbitros que se encuentran en la lista de árbitros especializados en el asunto objeto de la Controversia, misma que elabora el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara anteriormente mencionada. El Tribunal así designado deberá guiarse por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, de conformidad con los siguientes lineamientos: (A) el Tribunal deberá estar constituido por tres árbitros; (B) la organización interna del Tribunal estará sujeta a las normas establecidas para ese fin por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá; (C) el Tribunal deberá dictar una decisión en derecho, y (D) el Tribunal deberá reunirse en Santafé de Bogotá, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de esta ciudad.”

3. El Trámite del Proceso Arbitral.

3.1. La convocatoria del Tribunal arbitral: El 10 de septiembre de 2009 el Dr. **LUIS ALFREDO BARRAGÁN ARANGO**, en su calidad de apoderado de **OCENSA**, presentó solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

3.2. Designación de los árbitros: De conformidad con la cláusula compromisoria, mediante sorteo público realizado el 4 de noviembre de 2010, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los doctores **FLORENCIA LOZANO REVÉIZ**, **MARCELA CASTRO DE CIFUENTES** y **FERNANDO ESCALLÓN MORALES** como Árbitros principales. Dentro de la oportunidad legal los doctores Lozano y Escallón manifestaron aceptar el nombramiento y la doctora Castro lo declinó, por lo cual se comunicó a la suplente designada doctora **GABRIELA MONROY TORRES**, quien aceptó oportunamente.

3.3. Instalación: Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los árbitros y a las partes, y conforme con lo dispuesto en el art. 142 del D. 1818/98, el Tribunal se instaló el 20 de enero de 2011 en sesión realizada en dicho Centro, audiencia a la cual asistieron los apoderados de las partes (Acta N° 1, folios 168 a 170 Cuaderno Principal No. 1). En ella se designó como Presidente a la doctora **FLORENCIA LOZANO REVÉIZ** y como Secretaria a la doctora **LAURA BARRIOS MORALES**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante la Presidente.

3.4. Admisión de la demanda, notificación y contestación: En la misma audiencia de instalación el Tribunal admitió la demanda presentada el 10 de septiembre de 2009 por **OCENSA S.A.** contra **CITCOL, ENBRIDGE INC e IPL ENTERPRISES INC.** El auto admisorio fue notificado a las convocadas por avisos (artículo 315 y 320 del C.P.C.) respectivamente entregados el 14 de febrero de 2011 a CITCOL, el 17 de mayo de 2011 a IPL Enterprises Inc. y el 18 de mayo de 2011 a Enbridge Inc., según constancias de entrega que obran a folios 281, 350 y 352 del Cuaderno Principal No. 1.

Con memorial de 17 de febrero de 2011 el apoderado de CITCOL interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda que, una vez surtido su traslado, el Tribunal resolvió por auto de 9 de junio de 2011, en el cual confirmó su decisión y postergó la definición de algunos temas hasta la celebración de la Primera Audiencia de Trámite.

En firme la anterior decisión, y dentro del término legal, CITCOL contestó la demanda, propuso excepciones y solicitó pruebas. Por su parte, Enbridge Inc. e IPL Enterprises Inc. no contestaron la demanda.

En audiencia realizada el 27 de octubre de 2011 la parte convocante presentó reforma de la demanda que el Tribunal admitió en esa misma oportunidad. El apoderado de CITCOL presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la reforma de la demanda, recurso que fue resuelto por el Tribunal mediante providencia de fecha 2 de noviembre de 2011, que confirmó la decisión inicial.

El 10 de noviembre de 2011 el apoderado de CITCOL contestó la reforma de la demanda. Por su parte, Enbridge Inc. e IPL Enterprises Inc. no hicieron ningún pronunciamiento. Con memorial de 17 de noviembre el apoderado de OCENSA describió el traslado de las excepciones.

3.5. Honorarios y gastos del proceso: En audiencia del 17 de agosto de 2011 el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los Árbitros, de la Secretaria, las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y otros gastos del proceso. Oportunamente OCENSA pagó el 50% a su cargo y Citcol una tercera parte del 50% a cargo de la parte convocada.

Según lo autorizado por el art. 144 del Decreto 1818/98, OCENSA canceló luego las dos terceras partes del 50% que no pagó la parte convocada.

El 27 de julio de 2012 CITCOL entregó copia de la consignación en cheque por valor de \$234.196.877 a nombre de OCENSA, valor correspondiente a las 2/3 partes de los gastos y honorarios del proceso pagados por ésta a nombre de CITCOL.

3.6. Audiencia de conciliación: El 7 de diciembre de 2011 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con asistencia de los representantes legales de las partes y sus apoderados, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria (Acta No. 10 Folios 705 a 723 Cuaderno Principal No.1).

3.7. Primera audiencia de trámite: El 7 de diciembre de 2011 se inició la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998. En dicha oportunidad el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir sobre todas las cuestiones planteadas en la demanda de OCENSA relativas a CITCOL pero no para aquellas referidas a Enbridge e IPL y, en consecuencia, limitó su competencia a las siguientes Pretensiones:

“Primer Grupo de Pretensiones Principales: *Primera, Segunda y Tercera con la subsidiaria de esta última;*

Segundo grupo de pretensiones principales: *Primera y Cuarta con la Subsidiaria de esta última;*

De condena: *Todas, excluyendo de su contenido la mención a las sociedades Enbridge Inc e IPL Enterprises Inc. y la supuesta responsabilidad solidaria o mancomunada que pudo existir entre éstas y Citcol.*

Comunes a todos los Grupos de Pretensiones: *Tercera”*

Adicionalmente, el Tribunal fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses (Acta 10). Esta audiencia fue suspendida y se reanudó el 14 de marzo de 2012, fecha en la cual el Tribunal decretó pruebas y declaró terminada la Primera Audiencia de Trámite.

3.8. Decreto de pruebas: Reanudada la Primera Audiencia de Trámite el Tribunal profirió el decreto de las pruebas solicitadas por las partes en la reforma de la demanda y en la contestación de la misma, salvo los interrogatorios de parte a los representantes legales de Enbridge e IPL, por no ser éstas parte en el proceso, y la declaración como testigo de la señora María Paula Camacho quien es representante legal de la convocante. El Tribunal señaló fechas para la práctica de las diligencias. (Acta 11, folios 18 a 31 Cuaderno Principal N° 2).

3.9. Instrucción del proceso:

3.9.1. La prueba documental:

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante relacionados en la demanda a folios 28 y 29 del Cuaderno Principal No. 1., los documentos aportados por la convocada relacionados en la contestación de la demanda (a folio 440 del mismo Cuaderno Principal No. 1.), los documentos incorporados al expediente como resultado de las exhibiciones adelantadas por el Tribunal, los documentos aportados por el Ministerio de Minas a quien el Tribunal le libró oficio y los documentos aportados por los testigos Jaime Trujillo y Carlos Andrés Teófilo Pineda.

3.9.2. Exhibición de documentos

- Por solicitud de la convocante, el Tribunal decretó la práctica de una diligencia de Inspección Judicial con exhibición de documentos en poder de CITCOL. La diligencia se inició el 29 de marzo de 2012 y se cerró el 24 de julio de 2012.
- Por solicitud de la convocante, el Tribunal decretó la práctica de diligencias de exhibición de documentos en poder de IPL y Enbridge. Estas sociedades no se hicieron presentes en la fecha fijada por el Tribunal para llevar a cabo la exhibición y tampoco enviaron documentos. Las sociedades fueron nuevamente requeridas por el Tribunal y aún así guardaron silencio.
- Por solicitud de la convocada, el Tribunal decretó la práctica de una diligencia de exhibición de documentos en poder de OCENSA. La diligencia se inició el 12 de junio de 2012 y se cerró el 24 de julio de 2012.
- Por solicitud de la convocada el Tribunal decretó las diligencias de exhibición de documentos en poder de Ecopetrol, BP Exploration Company Colombia y Equión Energía Limited. La diligencia de exhibición de documentos de Ecopetrol se inició el 20 de abril y terminó el 1º de junio de 2012 con el envío de los documentos ordenados por el Tribunal. Equión Energía Limited, anteriormente denominada BP Exploration Company Colombia, el 12 de abril de 2012 en respuesta a la exhibición decretada por el Tribunal, envió una comunicación.

De los exhibidos, aquellos seleccionados por las partes fueron incorporados al expediente.

3.9.3. Interrogatorio de Parte

El Tribunal decretó y practicó interrogatorio de parte a los representantes legales de ambas partes. El 20 de abril de 2012 los señores María Paula Camacho y Douglas Montgomery absolvieron el respectivo interrogatorio (Acta 15, folios 257 a 261 Cuaderno Principal No. 2) De la transcripción correspondiente se corrió traslado a las partes.

3.9.4. Testimonios

En audiencia de 27 de marzo de 2012 rindió testimonio la señora Luisa Fernanda Lafaurie (Acta No. 12, Folio 124 Cuaderno Principal No. 2). En sesión de 11 de abril de 2012 se escucharon los testimonios de Adriana Londoño, Juanita Lejour y Ana María Sarria (Acta No. 14, Folios 220 a 222 Cuaderno Principal No. 2). En audiencia de 17 de mayo de 2012 y posteriormente de 26 de junio de 2012, el Tribunal recibió el testimonio del señor John Michael Gerez. (Actas Nos. 17 y 21, Folios 318 y 431 Cuaderno Principal No. 2). El 28 de mayo de 2012 rindieron testimonio los señores Jaime Trujillo, Paola Ardila, Teófilo Pineda y Pedro Rosales (Acta No. 18, Folios 362 a 365 Cuaderno Principal No. 2). El 4 de junio de 2012 rindió testimonio el señor Algimantas Didziulis (Acta No. 19, Folios 385 a 389 Cuaderno Principal No. 2). Finalmente el Tribunal recibió el testimonio de la señora Ana María Pinzón el 27 de junio de 2012 (Acta 22 Folio 440 Cuaderno Principal No. 2).

El traslado de las versiones escritas de los testimonios rendidos se efectuó mediante auto de 24 de julio de 2012 (Acta N° 24, Folio 519 a 521 Cuaderno Principal No. 2); la parte convocante presentó observaciones las cuales fueron incorporadas al expediente.

3.9.5. Auxiliares del Tribunal

- Por solicitud de la parte convocante el Tribunal designó al Ingeniero Raúl Pulido como experto en informática y medios de recuperación de información de imagen para asistir al Tribunal en la práctica de la diligencia de inspección judicial en CITCOL. El experto entregó su informe el 26 de abril de 2012 y las partes no solicitaron aclaraciones ni complementaciones.
- Por solicitud de la parte convocante el Tribunal designó como traductora oficial a la señora María Teresa Lara quien entregó las traducciones solicitadas por el Tribunal dentro de los términos fijados.

3.9.6. Oficios

Por solicitud de la parte convocante se libró Oficio al Ministerio de Minas y Energía, entidad que remitió al Tribunal los documentos solicitados, los cuales hacen parte del expediente.

3.10. Alegatos de Conclusión

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal, en sesión de fecha 17 de septiembre de 2012 llevó a cabo audiencia de alegaciones, en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un resumen escrito de los mismos, que se incorporaron al expediente (Acta N° 26, folios 4 a 210 Cuaderno Principal N° 3).

4. Ministerio Público

El 19 de agosto de 2011 por Secretaría se le envió a la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Judicial Delegada en lo Civil, oficio mediante el cual se le informó sobre el trámite arbitral, en cumplimiento del Decreto 262 de 2000 (Folio 456 del Cuaderno Principal No. 1).

Mediante oficio recibido el 7 de septiembre de 2011 la Procuraduría dio respuesta al oficio del Tribunal e informó que la comunicación enviada fue radicada con el IUS No. 2011-301800 y remitida por competencia a la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles (Folio 467 del Cuaderno Principal No. 1).

El 20 de junio de 2012 por Secretaría se le envió nuevamente oficio a la Procuraduría y se le informó sobre el estado del proceso (Folio 393 del Cuaderno Principal No. 2).

5. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite.

La primera audiencia de trámite se terminó el **catorce (14) de marzo de 2012** (Acta 11).

Por solicitud de ambas partes el proceso se suspendió del 17 de agosto al 16 de septiembre de 2012, ambas fechas incluidas.

Así mismo, el Tribunal, con fundamento en el artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante auto de fecha 14 de julio de 2012 prorrogó el término del proceso por 5 meses.

De acuerdo a lo anterior, el término de este proceso va hasta el 15 de marzo de 2013, razón por la cual el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

6. Presupuestos Procesales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral. Asimismo encuentra que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales y no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

6.1. Demanda en forma: La demanda y su reforma cumplieron con los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y demás normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.

6.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto de 11 de diciembre de 2011 (Acta N° 10) el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las controversias entre **OCENSA**, de una parte, y **CITCOL**, de la otra, precisadas por el Tribunal en la Primera Audiencia de Trámite, con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en el TSMA suscrito el 31 de marzo de 1995, tema sobre el que se volverá más adelante en este laudo.

6.3. Capacidad: Tanto la convocante como la convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos.

7. Partes Procesales.

7.1. Convocante

OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA es una sociedad que según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 42 a 49 del Cuaderno Principal No. 1) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante escritura Pública N° 4747 del 14 de diciembre de 1994 de la Notaría 38 de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso representada por el doctor **OSCAR TRUJILLO**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial y posteriormente a través de la doctora **MARÍA PAULA CAMACHO**.

7.2. Convocada

CIT COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN - CITCOL es una sociedad que según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 50 y 51 del Cuaderno Principal No. 1) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante Escritura Pública N° 2854 del 19 de octubre de 1994 de la Notaría 11 de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso a través del señor **ALGIMANTAS JONAS DIDZIULIS**, en su calidad de Representante Legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial, y posteriormente a través del señor **DOUGLAS MONTGOMERY** en calidad de Liquidador.

8. Apoderados judiciales

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la convocante por el doctor **LUIS ALFREDO BARRAGÁN ARANGO** y la convocada por el doctor **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

9. Pretensiones de la parte convocante:

Las Pretensiones formuladas por la convocante en la demanda reformada, frente a las cuales el Tribunal se declaró competente son las siguientes:

“PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

Primera: *Que se declare que de conformidad con el TSMA, CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación tenía la obligación de tomar las pólizas de seguro necesarias, y con valor asegurado suficiente, para asegurar la responsabilidad civil extracontractual de OCENSA por los riesgos previsibles asociados a la operación y mantenimiento del Oleoducto.*

Segunda: *Que se declare que el no asegurar, de manera suficiente, riesgos previsibles constituye un incumplimiento del TSMA imputable a título de culpa grave o dolo.*

Tercera: *Que se declare que CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación incumplió la obligación de que trata la pretensión primera principal, lo cual constituye un incumplimiento del TSMA que le es imputable a título de culpa grave o dolo.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que se declare que CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación incumplió el TSMA.*

SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

Primera: *Que se declare que CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación está obligada a indemnizar a OCENSA por todos los perjuicios que sufra, derivados del incumplimiento del TSMA, por parte de la primera, a título de culpa grave o dolo.*

Cuarta: *Que se declare que, de conformidad con el TSMA, las actuaciones y omisiones ejecutadas durante la vigencia del TSMA por OCENSA, que causaron o causen perjuicios a terceros imputables a título de culpa grave o*

dolo, constituyen incumplimientos del TSMA por parte de CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, también imputables a ésta última a título de culpa grave o dolo.

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que se declare que las actuaciones y omisiones, ejecutadas durante la vigencia del TSMA, que causaron o causen perjuicios a terceros que le sean imputables a OCENSA a título de culpa grave o dolo constituyen incumplimientos del TSMA imputables a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación a título de culpa grave o dolo.*

DE CONDENA

Primera: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa leve o de actividades peligrosas y que no se encuentren cubiertos por una póliza de seguros.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa leve o de actividades peligrosas y que no se encuentren cubiertos por una póliza de seguros.*

Segunda: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa grave o dolo.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa grave o dolo.

Subsidiaria a la pretensión anterior: Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA.

Tercera: Que se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o que haya pagado, con ocasión de cualquier decisión judicial, arbitral o administrativa definitiva que se profiera durante el trámite del presente proceso, o con anterioridad a este, y que se enmarque en el supuesto de hecho de cualquiera de las pretensiones de condena anteriores, para cuyos efectos el Tribunal determinará si la responsabilidad de las convocadas es a título de culpa grave o dolo.

Cuarta: Que se como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, a realizar provisiones contables para garantizar los pagos que se deriven de las pretensiones de condena anteriores, aplicando para el efecto los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, las normas de contabilidad colombianas, y demás normas contables que les sean aplicables a las demandadas, así como el principio de buena fe y obrando como obraría un buen hombre de negocios prudente y diligente, según sea el caso.

Quinta: Que respecto de cualquier condena dictada por el Tribunal se ordene a la(s) condenada(s) a pagar intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, o la tasa que determine el Tribunal, desde la fecha en que se hizo exigible la respectiva obligación, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha del pago.

Subsidiaria a la pretensión anterior: Que respecto de cualquier condena dictada por el Tribunal se ordene a la(s) condenada(s) a pagar intereses remuneratorios a la tasa de interés bancario corriente, o la tasa que determine el Tribunal, desde la fecha en que se hizo exigible la respectiva obligación, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha del pago.

Subsidiaria a la pretensión anterior: Que respecto de cualquier condena dictada por el Tribunal se ordene a la(s) condenada(s) a pagar actualización monetaria de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) calculado por el DANE o la entidad que haga sus veces, desde la fecha en que se hizo exigible la respectiva obligación, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha del pago.

COMUNES A TODOS LOS GRUPOS DE PRETENSIONES

Tercera: Que se condene en costas, incluyendo los honorarios de los señores árbitros, del señor secretario y los costos de funcionamiento del Tribunal, y agencias en derecho a las convocadas o a algunas o alguna de ellas.”

10. Hechos de la demanda:

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda reformada a folios 500 a 518 del Cuaderno Principal N° 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

11. Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada contra la demanda:

En la contestación a la reforma de la demanda el apoderado de CITCOL propuso las siguientes excepciones de fondo:

“

1. *Falta de competencia del Tribunal*
2. *Falta de competencia por incumplimiento de los requisitos de procedibilidad*
3. *Falta de legitimación en la causa por pasiva*
4. *Ausencia de solidaridad*
5. *Ausencia de responsabilidad en cabeza de Citcol*
6. *Ausencia de presupuestos para que se declare la simulación en la celebración del contrato TSMA*
7. *Ausencia de los presupuestos para que se declare la condición de Citcol como vehículo benefactor de un beneficiario real.*
8. *Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales de la acción de levantamiento del velo corporativo*
9. *Ausencia de prueba acerca de la obligación que se demanda como incumplida*
10. *Ausencia de pacto de indemnidad*

11. *Carga de la prueba en el cumplimiento moroso o defectuoso de las obligaciones a que se demandan como incumplidas*
12. *Inexistencia de los presupuestos contractuales para que Citcol indemnice a OCENSA.*
13. *Pacto de exoneración de responsabilidad*
14. *Falta de decisión arbitral que declare que Citcol ha cometido un acto de culpa grave o dolo, como presupuesto de la responsabilidad solicitada.*
15. *Inexistencia de los presupuestos de la garantía para que Enbridge indemnice a OCENSA.*
16. *Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la convocante.*
17. *Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales del daño. Inexistencia de los perjuicios alegados*
18. *Ausencia del nexo causal entre el hecho y el daño*
19. *Culpa de la víctima.*
20. *Prescripción*
21. *La genérica del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.”*

CAPITULO II CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Competencia

Según se mencionó en los antecedentes de este Laudo, el 10 de septiembre de 2009 OcenSA presentó solicitud de convocatoria de tribunal arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a las sociedades Citcol, Enbridge Inc. e IPL Enterprises Inc.

El Tribunal de Arbitramento, por auto de 7 de diciembre de 2011, proferido dentro de la primera audiencia de trámite, se declaró competente para conocer sólo de las controversias relativas a OcenSA y Citcol.

Con fundamento en todos los elementos de juicio que le brindan las pruebas aportadas y practicadas dentro del trámite de este proceso, el Tribunal de Arbitramento ratifica ahora la decisión adoptada en cuanto a los límites de su competencia y remite a las consideraciones expuestas en el auto de 7 de diciembre de 2011 ya citado, dentro de las cuales merece traer a colación algunas ideas, así:

El punto de partida para el análisis de competencia lo constituye para el Tribunal el tenor literal del pacto arbitral invocado como soporte de la demanda, el cual está contenido en la cláusula 9.12 del Contrato de Servicios Técnicos y Administración o TSMA el cual sólo fue suscrito por OcenSA, de un parte, y Citcol, por la otra.

El problema jurídico que debía resolver el Tribunal era el de si era posible vincular en calidad de demandadas a dos sociedades que no fueron parte del TSMA, pero que suscribieron con OcenSA un Acuerdo de Garantía para amparar obligaciones emanadas de aquel y que como Anexo E hacía parte del TSMA. Según el apoderado de la convocante de esa interdependencia o coligación entre estos dos contratos se podría deducir la vinculación de Enbridge Inc. e IPL Enterprises Inc a la cláusula compromisoria sobre la base de tres hipótesis: i) Por su vinculación directa al haber actuado a través de Citcol; ii) Por haber aceptado la estipulación del TSMA, por parte de Citcol y iii) Como garantes de Citcol, en virtud del Acuerdo de Garantía que obra como Anexo E del contrato TSMA.

Para resolver el tema el Tribunal consideró inicialmente que:

“(...) en principio, tratándose de la Cláusula Compromisoria, sólo quienes participaron en la suscripción del contrato que la contiene pueden invocarla para iniciar o ser parte de un proceso arbitral. Cuando el pacto arbitral está contenido en un Compromiso, con mayor razón se podría afirmar que solamente quienes lo suscribieron están amparados por dicho acuerdo para intervenir en el respectivo trámite.

“Así las cosas, es claro que sólo pueden considerarse como parte demandante o parte demandada en un proceso arbitral las personas naturales o jurídicas que hayan consentido someter a la decisión de árbitros las diferencias originadas en un negocio jurídico del cual igualmente fueron partes. En este sentido se puede afirmar también que el pacto arbitral sólo puede invocarse para solucionar las diferencias relativas a un negocio o negocios en particular, sin que, en principio pueda extenderse a otros celebrados entre las mismas partes, salvo que expresamente así lo establezcan ellas”.

A pesar de la claridad del concepto anterior, el Tribunal advirtió que

“(...) en la práctica se presentan casos en que el principio de relatividad del arbitraje se ve relegado por las prácticas del comercio, tal como ocurre, entre otros, en los casos de la llamada cláusula compromisoria por referencia, o ante eventos de contratos coligados, grupo de sociedades, la fiducia, la representación, el mandato aparente, la estipulación por otro y para otro.

“Sin embargo, por ser el arbitramento un mecanismo de solución de controversias excepcional, su activación requiere de una manifestación inequívoca de voluntad de las partes, en el sentido de que las diferencias que se originen en un determinado contrato deberán ser resueltas por un Tribunal de Arbitramento, lo cual no obsta para que se apliquen las figuras antes mencionadas que permiten extender los efectos de la cláusula arbitral a quienes no la han suscrito, pero tal extensión presupone que se haya

demostrado una clara vinculación al contrato que contiene el pacto arbitral, que permita evidenciar que se ha dado una manifestación de voluntad tácita”.

“La posibilidad de extender los efectos del pacto arbitral a quienes no lo han suscrito es un tema para nada pacífico en el derecho y que para su definición requiere primordialmente que, sin sacrificar el debido proceso y el derecho de defensa, se satisfagan los intereses de las partes y de terceros, para resolver los confusos casos que con frecuencia se presentan en la práctica comercial, debido a la intervención de múltiples personas en la celebración y ejecución del negocio, por la interrelación de varios contratos, o, entre otros aspectos, por la complejidad misma del negocio jurídico celebrado.

“Es por ello que solo ante falta de claridad en la intención de las partes, puede el juzgador, por la vía de la aplicación de conceptos doctrinales como la cláusula compromisoria por extensión o bajo los efectos que en materia arbitral pueden desprenderse de los contratos coligados, extender el ámbito de aplicación de una cláusula compromisoria pactada en un contrato a quienes no la suscribieron. Y como soporte de este planteamiento ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 1621 del Código Civil norma que establece que “en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del contrato”. Queda entonces claro que el primer elemento que hay que tener en cuenta en un análisis como el que aquí se avoca, es la voluntad de las partes, sea en el sentido de someterse a un tribunal de arbitramento, o bien de no hacerlo.

“En esta misma línea de análisis, en cuanto a posibilidad de aplicar el pacto arbitral a quienes no lo han suscrito, el tratadista Julio Benetti¹ cita la obra del autor español Bernardo M. Cremades², quien manifiesta que “(...) el único límite del convenio arbitral está constituido por la voluntad de los contratantes, por lo cual salvo que se pacte lo contrario, “no se considera incompatible el principio de interpretación estricta de la cláusula arbitral con la extensión de la cláusula a quienes, perteneciendo a un grupo de sociedades y habiendo tomado parte en la ejecución de un contrato, no lo han firmado.” (Se subraya)

“De acuerdo con lo antes expuesto, se puede afirmar que el principio de la relatividad del pacto arbitral, que implica la aplicación restrictiva del acuerdo de arbitraje sólo a quienes lo suscribieron, si bien no puede aceptarse de forma llana y simple, si resulta pertinente cuando se trata de partes que en lo relativo a la forma de solucionar las controversias derivadas de un contrato, han expresado en forma clara su voluntad acerca del uso de un mecanismo diferente.

¹ Julio Benetti Salgar. El Arbitraje en el derecho colombiano. Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, Tercera edición. 2009, p. 191 a 197

² El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional, en arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, p. 295 y ss.

“Por lo anterior se impone examinar en cada caso las particularidades del pacto arbitral acordado, las partes obligadas en virtud del mismo, así como la voluntad de quienes no habiéndolo suscrito, han decidido regular la materia en una forma distinta.”

Enseguida el Tribunal estudió la relación entre el TSMA y su cláusula compromisoria y dijo:

“Del examen de los documentos traídos por las partes al conocimiento del Tribunal, se observa que el Contrato de Servicios Técnicos y Administración - en inglés el TSMA- es el resultado de una operación económica compleja, donde no cabe duda que en la fase de negociaciones previas y aún en su ejecución intervinieron muchas más personas de las que aparecen firmando el contrato. Así mismo se puede deducir que el TSMA forma parte de una red contractual o de negocios, los cuales se nutren y dependen mutuamente en una compleja conexidad negocial.

“Prueba de lo antes afirmado, se extrae del texto del contrato, donde se mencionan personas distintas a sus suscriptores y se hace referencia a negocios donde no necesariamente intervienen las mismas partes que lo son en el TSMA.

(...).”

En atención a que en la cláusula compromisoria contenida en el TSMA se advirtió que el arbitraje no estaría disponible para quien no fuera parte de aquel, el Tribunal hizo un análisis de lo que se debía entender por “parte” de acuerdo al mismo contrato y señaló:

*“Vistas así las cosas, y teniendo en cuenta que en la cláusula compromisoria se incluyó una precisa y estricta limitación en el sentido de que el Arbitraje **no estará a disposición de nadie que no sea una de las partes**, ello en consonancia con las definiciones que las partes incluyeron en el contrato, resulta procedente concluir que, al tenor de la voluntad de las partes, claramente expresada, el arbitramento sólo está a disposición de **El Propietario** y de **Citcol**. Lo anterior resulta asimismo consistente con el ámbito de aplicación de la cláusula, determinado en su parte inicial, en el sentido de que aplica a “controversia, reclamación o conflicto” entre **El Propietario y Citcol**.”*

Con fundamento en lo antes expuesto el Tribunal como conclusión preliminar expuso:

“El análisis precedente por si solo podría ser suficiente para concluir que las sociedades Enbridge Inc e IPL Enterprises Inc, por no tener la condición de partes en el Contrato TSMA, y por expresa manifestación de las sociedades que lo suscribieron, no están vinculadas por la cláusula compromisoria en éste contenida. Sin embargo el Tribunal ha encontrado otros elementos que soportan la anterior conclusión, a los que se refiere a continuación”.

Acto seguido el Tribunal se detuvo en el análisis del Acuerdo de Garantía y la jurisdicción competente para conocer de las diferencias derivadas de él y expuso:

“En efecto, tal como ha quedado dicho, existen en este caso elementos adicionales que es necesario contemplar que también dan fundamento a las conclusiones a las que llega el Tribunal, como son las estipulaciones contenidas en el Acuerdo de Garantía previsto en el Anexo E del contrato, que, de paso ha de decirse, forma parte del mismo.

“Así las cosas, resulta necesario partir de la circunstancia fáctica de que el Acuerdo de Garantía fue suscrito entre IPL Enterprises Colombia Inc –IPL- y TCPL International Investments Inc –TCPL- de una parte, y Ocesa de la otra.

“En la demanda reformada la parte convocante ha dicho que tal acuerdo fue cedido a Enbridge Inc el 17 de marzo de 2009, y que esta sociedad es en la actualidad parte del mismo como garante de Citcol. También se dice que IPL Enterprises Inc es filial de Enbridge “quien directa o indirectamente es propietaria de la totalidad de las acciones de IPL”.

*“La cláusula tercera del citado Acuerdo de Garantía, hace referencia a una garantía de pago para el evento en que, según lo establezca **un Tribunal de Arbitramento de la cláusula 9.12**, CITCOL, como parte del TSMA, haya cometido un acto de negligencia temeraria o doloso.*

“La anterior previsión contractual resulta importante por cuanto de ella se deduce un reconocimiento de que, respecto de CITCOL, el juicio sobre sus actos, en el sentido de si constituye un acto de negligencia temeraria o doloso, lo debe emitir el Tribunal de Arbitramento que se debe integrar de acuerdo con lo previsto en la cláusula 9.12. Se desprende también de dicha cláusula, que la garantía que se otorga mediante el Acuerdo de Garantía, presupone el pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento contemplado en la cláusula 9.12 del Contrato TSMA.

“El Acuerdo de Garantía adicionalmente prevé que éste “será regido e interpretado de acuerdo con las leyes del estado de Nueva York sin consideración de los principios de conflictos de leyes.”

“Y posteriormente en su cláusula 14 establece que “cada uno de los garantes se somete a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales federales y estatales del distrito de Manhattan en la ciudad de Nueva York en cualquier acción legal, demanda o proceso que surja de o relacionado con este acuerdo o con las transacciones contempladas en este documento (un “proceso relacionado”).

“Las anteriores cláusulas permiten observar que, en lo que atañe a los conflictos derivados del Acuerdo de Garantía, las partes obligadas en virtud del mismo, previeron claramente unas reglas de juego en cuanto a legislación aplicable y jurisdicción, que no coinciden y aún más resultan incompatibles con aquellas que, según la voluntad de Ocesa y Citcol, suscriptores del TSMA, en desarrollo de la cláusula 9.12 deben aplicarse para dirimir las diferencias que se originen con motivo del TSMA.

“Lo anterior conduce a la conclusión de que la cláusula compromisoria prevista en el TSMA, no puede aplicarse al Acuerdo de Garantía. (...).”

Concluyó el Tribunal diciendo:

“(...) bajo la visión de que se trata de un solo contrato donde la cláusula compromisoria se incluyó en el texto principal pero por expresa disposición de las partes no se extiende a las obligaciones consagradas en el Anexo E, que a su vez prevé una regulación en materia de ley aplicable y jurisdicción, este Tribunal de Arbitramento, constituido en virtud de la citada cláusula 9.12 del contrato, carece de competencia para pronunciarse sobre las diferencias que se deriven del citado Anexo E.

Con fundamento en todas las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye que es competente para conocer y decidir sobre todas las cuestiones planteadas en la demanda de Ocesa relativas a Citcol, pero no para aquellas referidas a Enbridge Inc e IPL Enterprises Inc., y así se dispondrá en la parte resolutive de este Auto.

En consecuencia, este Tribunal de Arbitramento adelantará su trámite prescindiendo de la participación de las dos últimas sociedades mencionadas, y se limitará a practicar las pruebas y definir las pretensiones y excepciones que sólo tengan que ver con Ocesa y Citcol dentro del marco del TSMA.”

Luego del examen de los documentos aportados al expediente, así como de los testimonios recibidos en el proceso, el Tribunal confirma su teoría inicial en cuanto a que en la ejecución del TSMA participaron activamente personas distintas a quienes lo suscribieron, sin embargo, a pesar de esa mayor o menor participación o incidencia que pudieron llegar tener esos terceros no por ello quedaron vinculados a la cláusula compromisoria contenida en el contrato.

Cumplido el debate probatorio, el Tribunal no puede pasar por alto que quedó en evidencia en este proceso la injerencia que tuvieron los socios de Ocesa en las distintas actividades que fueron el objeto del TSMA, pero en especial no puede desconocer la intervención casi directa que tuvo la sociedad Enbridge Inc., en últimas propietaria de Citcol y garante de las obligaciones asumidas por aquella en la ejecución del TSMA. Se pudo establecer que por acuerdo entre las partes el personal que debía asignar Citcol a Ocesa esencialmente derivaba su experiencia de Enbridge; además, varias soluciones técnicas para casos específicos fueron sugeridas y/o contratadas con Enbridge, lo que alimentaba la percepción general que se tenía sobre que el operador de Ocesa y del Oleoducto no era Citcol sino Enbridge. La correspondencia entre las partes demuestra que ésta se surtió muchas veces con Enbridge y no con Citcol. En este caso no sólo los antecedentes contractuales demuestran que con quien Ocesa tuvo interés de contratar fue con Enbridge dada su reconocida trayectoria, experiencia profesional y Know How, y que ésta para el efecto constituyó en Colombia a Citcol. Así mismo, las circunstancias que envolvieron la misma terminación del contrato TSMA permiten colegir sin equívocos la participación determinante de Enbridge en el TSMA.

No obstante lo anterior, el mismo debate probatorio permitió también confirmar al Tribunal que fueron las partes quienes voluntariamente definieron la forma en que participaría Enbridge en la prestación de los servicios objeto del TSMA, el origen de Citcol, así como la forma en que la primera garantizaría las obligaciones de ésta en el desarrollo del contrato. Para el Tribunal tanto Ocesa como Enbridge son sociedades con alto grado de profesionalismo, expertas cada una en su negocio, los socios de la primera en la exploración y extracción de petróleo, entre otros, y la segunda en la construcción de oleoductos para el transporte de crudo. Por ello, el Tribunal no puede hacer cosa distinta que respetar las previsiones contractuales que pactaron en ejercicio de la autonomía de la voluntad, entre ellas definir quiénes serían partes tanto en el TSMA como en el Acuerdo de Garantía, así como la definición que hicieron en cuanto a las jurisdicciones que conocerían de las controversias que emanaran del uno y del otro.

Por lo expuesto el Tribunal ratifica la decisión adoptada en la primera audiencia de trámite en cuanto a los límites de su competencia en razón de las personas jurídicas que suscribieron el contrato que contiene la cláusula compromisoria que lo habilita para conocer de las controversias que quedaron definidas en aquella oportunidad y que fueron transcritas en los antecedentes de este laudo.

2.- Sobre la exhibición de documentos a cargo de CITCOL

Por solicitud de la parte convocante el Tribunal decretó la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de CITCOL, asistido por un perito experto en informática y medios de recuperación de información de imagen y datos. Esta diligencia se inició el 29 de marzo 2012 y debió suspenderse en varias

ocasiones en razón a que, según el peticionario de la prueba, no se exhibió toda la información solicitada.

El apoderado de Citcol, quien atendió la diligencia, argumentó en esa ocasión que *“por razón del estado de liquidación de Citcol sus archivos han sido clasificados y depositados en la empresa Transarchivos”* y pretendió que la diligencia se practicara en el domicilio de aquella, lo cual no fue aceptado por el Tribunal. No obstante lo afirmado, exhibió en esa ocasión estados financieros, documentos de la Junta Directiva de Citcol, informes a Superintendencia, Informes anuales, reportes a entidades externas e información contable que se complementa con libros y soportes de contabilidad y 30 CDs que quedaron a disposición del perito, lo mismo que un equipo de cómputo y un disco duro externo; informó además el apoderado que los restantes equipos habían sido vendidos a ex-empleados de la compañía e igualmente hizo varias observaciones respecto del inventario de documentos solicitados (Acta 13).

Con fundamento en la pericia rendida el 26 de abril de 2012 y por solicitud de OcenSA de 23 de mayo siguiente, donde insistió en que se exhibiera la totalidad de correspondencia electrónica, el Tribunal por auto de 27 de junio (Acta 23) requirió a la Convocada para que suministrara en un plazo de 2 días: *“1) La dirección o direcciones del servidor o servidores de correo electrónico corporativo utilizado o utilizados por la sociedad en relación con la ejecución del TSMA. 2) Los buzones de correo electrónico y las claves de los mismos de todas las personas vinculadas a Citcol que participaron en la ejecución del TSMA. y 3) la clave de “administrador” que permita acceso al correo o correos corporativos que usó la sociedad durante la ejecución del TSMA, o cualquier otro medio necesario y útil para el acceso al correo corporativo de la sociedad relacionado con la ejecución del TSMA.”*

Ante la orden del Tribunal, Citcol expuso que *“(…) no tenía servidor de correo electrónico corporativo durante la ejecución del TSMA”*; que *“Las personas que participaron en la ejecución del TSMA tenían buzones de correo electrónico vinculado a diferentes servidores que no eran propiedad de Citcol, por lo cual Citcol no tiene conocimiento ni acceso a las claves de los mismos”*; y que *“Citcol no tenía servidor por lo cual no tiene una clave de “Administrador”.”*

En razón de la existencia de evidencia en contra de esta respuesta, por auto de 11 de julio nuevamente se requirió a Citcol para que entregara en un plazo de 3 días la información solicitada. Con memorial el 16 de julio de 2012 el apoderado de la Convocada aportó algunos documentos y manifestó *“dar cumplimiento”* a lo ordenado por el Tribunal, sin embargo OcenSA consideró que no se había exhibido la información ordenada e insistió en que se requiriera a Citcol para el efecto, so pena de las consecuencias de ley.

El Tribunal por auto de 25 de julio de 2012 declaró cerrada la exhibición de documentos a cargo de Citcol, providencia que fue recurrida por OcenSA, y

confirmada por auto de 13 de agosto siguiente, en donde además se dijo: “(...) *dado que la convocada ha manifestado no tener la información requerida en diversas oportunidades por el Tribunal, es inútil continuar indefinidamente con la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos de Citcol donde se pretendía recaudar, por lo cual debe proceder a cerrarla y, en la oportunidad procesal correspondiente, es decir, en el laudo, valorará la conducta de Citcol, la cual será calificada a la luz de las pruebas que obran en el expediente y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 285 del C.P.C.*”

Ante la conducta renuente de Citcol, la parte convocante ha solicitado al Tribunal aplicar los efectos del artículo 285 del C. de P.C., y tener por probados los hechos que Ocesa se proponía demostrar con la exhibición, relacionados en la petición de esta prueba, esto es, “(i) *la relación entre CIT COLOMBIANA S.A., ENBRIDGE INC. e IPL ENTERPRISES; (ii) que CIT COLOMBIANA S.A. es responsable por conductas dolosas o culposas frente a Ocesa y por no haber constituido pólizas que cubran riesgos asegurables; (iii) que CIT COLOMBIANA S.A. actuó de forma gravemente culposa y dolosa en ejecución del TSMA; (vi) que CIT COLOMBIANA S.A. vinculó a ENBRIDGE INC. y a IPL ENTERPRISES al TSMA, y (v) los demás hechos relacionados con las pretensiones de la demanda*”.³

En este momento corresponde al Tribunal establecer los efectos de la conducta procesal de Citcol en lo que se refiere a la supuesta renuencia a exhibir toda la documentación ordenada.

Sobre el tema de la oposición y renuencia a la exhibición, el artículo 285 del C. de P.C. establece:

“Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquélla se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.”

(..) (Se destaca)

De acuerdo a la norma transcrita, el Tribunal debe considerar las razones expuestas por Citcol para no exhibir la información solicitada, y de no encontrar justificación

³ Página 38 de la demanda reformada.

para ello y si se hubiere probado que los documentos estaban en su poder, deberá tener por ciertos “*los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, (...)*”

El artículo 71 del C.P.C. establece que dentro del trámite de los procesos, las partes y sus apoderados están compelidos, entre otros, a actuar con lealtad y buena fe⁴ y a prestar su colaboración para la práctica de las pruebas y diligencias “*a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra*”⁵. Esta norma contempla una sanción similar a la establecida en el artículo 285 ídem, y más allá de sancionar la conducta procesal de las partes por trasgredir normas de contenido ético, sanciona esos comportamientos por la incidencia procesal que pueden llegar a tener, como lo sería impedir que ingresen al expediente elementos probatorios que eventualmente pueden llegar a ser necesarios para la formación de convicción razonable en el juez para producir una sentencia ajustada a derecho. En esencia, la sanción consiste en la producción de una inferencia que pretende suplir la ausencia de los elementos probatorios que con la exhibición de documentos se pretendía aportar para la verificación de un determinado supuesto de hecho.

En lo que se refiere a quienes son parte en el proceso, se contemplan dos sanciones, dependiendo de si los hechos que se pretendía probar con la exhibición son susceptibles de confesión o no; en el primer caso y ante renuencia de la parte obligada a exhibir, se deben tener por ciertos los hechos que se pretendían demostrar con esa prueba. En el segundo caso, esa conducta procesal del renuente será tenida en cuenta como un indicio en su contra.

Al examinar la petición de la prueba por parte de OcenSA, encuentra el Tribunal que a páginas 37 y 38 de la reforma de la demanda se enlistan una serie de documentos que debía exhibir Citcol del literal *a.* al literal *n.* Como quedó expuesto anteriormente, en la diligencia practicada el 29 de marzo de 2012 Citcol exhibió varios de los documentos requeridos, es más, consta en el expediente que la Convocada en desarrollo de la exhibición puso a disposición del Tribunal un gran volumen de documentación que reposa en sus archivos en 19 cajas.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que el reproche del apoderado de la parte convocante y según lo expuso ampliamente en sus alegatos de conclusión⁶, se refiere a uno sólo de los ítems mencionados, esto es el *b.* relativo a “*Todos los documentos informáticos y electrónicos relacionados con la negociación del TSMA, incluyendo pero sin limitarse a mensajes de correo electrónico y archivos electrónicos*”. Respecto de los demás documentos materia de exhibición no se hicieron observaciones, siendo el tema de la información en medio electrónico el motivo de mayor controversia entre los apoderados.

⁴ Numeral 1.

⁵ Numeral 6.

⁶ Páginas 134 a 138 del Alegato de OcenSA

Sobre este tema, el de “*los mensajes de correo electrónico y los archivos electrónicos*” que no se exhibieron, la parte convocada afirma que ahora es imposible recaudar esa información en razón del estado de liquidación de Citcol y porque, además, según afirmó el liquidador de la sociedad en correo dirigido a su apoderado:

“a. Citcol no tenía servidor de correo electrónico corporativo durante la ejecución del TSMA.

b. Las personas que participaron en la ejecución del TSMA tenían buzones de correo electrónico vinculados a diferentes servidores, que no eran propiedad de Citcol, por lo cual Citcol no tiene conocimiento ni acceso a las claves de los mismos.

c. Citcol no tenía servidor por lo cual no tiene una clave de “Administrador”.”

Sobre la existencia de la información en comento, en el dictamen pericial se dijo: “*Fue posible determinar que la correspondencia electrónica era administrada por un servidor de correo no local (dominio Enbridge)*” (folio 500 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

Así mismo, como lo advirtió el Tribunal en su oportunidad, dentro de los documentos que obran en el expediente, se observa que durante la ejecución del TSMA, entre las personas involucradas en el mismo se cruzaron correos electrónicos en los que aparece un servidor, y de ello son ejemplo varios correos enviados al señor Algimantas Didziulis a la dirección: Algimantas.Didziulis@corp.enbridge.com. (Folios 226, 399, 400 Cuaderno Pruebas No. 4) y a la señora Ana María Pinzón a la dirección: Ana.Pinzon@enbridge.com (folio 273 por ambas caras, 274, 275, 278 por ambas caras Cuaderno Pruebas No. 5). Este hecho se confirmó con las declaraciones de los testigos Algimantas Didziulis y Ana María Pinzón, quienes aceptaron haber utilizado las direcciones de correo electrónico antes indicadas durante la ejecución del TSMA. Como se puede apreciar, este hecho se contrapone a lo afirmado por el liquidador de Citcol, en cuanto a la existencia de un servidor y, por ende, a la posibilidad de acceder a la información.

Reitera el Tribunal que es evidente que al menos para la remisión de los correos cuyas copias fueron allegadas al expediente, Citcol contaba con un proveedor externo para el servicio de correo electrónico, al cual debía o debe tener acceso la convocada para suministrar los documentos solicitados.

En cuanto a los buzones de correo vinculados a tal servidor, aplica también la anterior observación, en tanto que en los mismos se encuentra información de la sociedad, que ésta por mandato legal debe conservar⁷, a la que sin lugar a dudas, y por obvias razones ha de tener acceso mediante el uso de las claves de acceso asignadas, la creación de nuevas o cualquier otro mecanismo.

⁷ Art. 54 C. de Comercio

El Tribunal no encuentra justificadas las explicaciones dadas por Citcol para haber dejado de exhibir todos los documentos que se le solicitaron; y si bien nadie está obligado a lo imposible, no es menos cierto que la información que se echó de menos en este proceso, por su naturaleza debió o debe existir y la convocada tenía la obligación de conservarla por cualquier medio tecnológico aún en estado de liquidación, lo cual hubiera permitido su exhibición. Por ello, en principio, se abriría paso la imposición de la sanción contemplada en el artículo 285 del C. de P.C. El Tribunal considera que no es posible que casi 15 años de información contenida en correos cruzados internamente entre “*las partes de Citcol*”, o entre éstas y “*las partes de OcenSA*”, o entre unas y otras y/o terceros, así como archivos relacionados con el TSMA almacenados en medio digital hayan desaparecido aún antes de que se produjera la liquidación de la sociedad Convocada.

Sin embargo, el Tribunal considera que es su deber ser en extremo cuidadoso en la aplicación de las sanciones que la ley contempla para castigar la conducta procesal de Citcol por su renuencia a exhibir especialmente la correspondencia y archivos en medio electrónico, pues en tal ejercicio el Tribunal pudiera estar actuando en contra de lo que otros medios de convicción practicados en el proceso le puedan informar.

Al examinar el objeto de exhibición perseguido por la Convocante, el Tribunal advierte que aplicar de plano la sanción legal, equivaldría a resolver favorablemente y sin más todas las pretensiones de la demanda, incluso algunas respecto de las que el Tribunal declaró no ser competente, lo cual es improcedente por ser contrario a derecho. Lo anterior sumado al hecho de que la convocada aunque no exhibió toda la documentación solicitada sí puso a disposición información variada relacionada con el TSMA, implica que el Tribunal no pueda aplicar en forma exegética la sanción normativa.

Por lo expuesto, y aunque pueda llegar a ser censurable la conducta procesal de Citcol al ser renuente a suministrar parte de la información ordenada, el Tribunal se abstendrá de imponer la sanción prevista en el artículo 285 del C. de P.C.

3.- El contrato origen de las controversias (TSMA)

3.1. Introducción

A manera de síntesis puede decirse que las pretensiones declarativas sobre las cuales el Tribunal se declaró competente versan, de una parte, sobre incumplimientos en que habría incurrido la parte convocada en desarrollo del TSMA, en particular respecto del tema de seguros, y de otra, sobre el régimen de responsabilidad a cargo de la Convocada y en favor de OcenSA.

Identificados así los temas cardinales de las divergencias existentes entre las partes, el Tribunal acometerá a continuación el estudio del contrato y de sus anexos, al igual que de los otros íes suscritos y de las obligaciones adquiridas, enmarcando dicho

análisis principalmente en los temas que han motivado la convocatoria del trámite arbitral.

3.2. El contrato “TSMA” suscrito entre las partes

Tal como se afirma en el segundo hecho de la demanda reformada, el 31 de marzo de 1995, Ocesa y Citcol suscribieron el TSMA (*Technical Services and Management Agreement*)⁸, contrato en el que se originan las controversias que son objeto del presente trámite arbitral, el cual debía tener una duración de quince años, es decir hasta el 31 de marzo de 2010, pero que fue terminado por decisión unilateral de Ocesa a partir del 20 de mayo de 2009.

El Contrato contaba con un clausulado principal y con cinco (5) anexos distintos. El primero, denominado “Anexo A” ofrecía una descripción detallada del Oleoducto y de las instalaciones. Por su parte, el Anexo B regulaba lo relativo a los incentivos del Operador. El Anexo C versaba sobre el denominado Cargo Subordinado, mientras que aquel identificado con la letra “D” fue denominado “División Operativa” y contenía un organigrama a cuya cabeza se encontraba el “General Manager”. El “Anexo E” se denominó “Forma del Acuerdo de Garantía” contentivo de un Acuerdo de Garantía a cargo de las sociedades IPL Enterprises Colombia Inc y TCPL International Investments Inc y en favor de Ocesa.

Respecto de este último anexo, es de destacar que del mismo no era parte Citcol ni allí se imponían obligaciones a cargo de esta sociedad. En efecto, como se ha dicho, se trata de un convenio suscrito por Ocesa y por las sociedades IPL Enterprises Colombia Inc., sociedad constituida de acuerdo con las leyes de las Islas Cayman, y TCPL International Investments Inc., sociedad constituida de acuerdo con las leyes de Alberta Canadá, sociedades éstas que tal como se precisó en el acta No. 10, no son parte del TSMA y no se encuentran cobijadas por la cláusula compromisoria que dio lugar a la convocatoria del presente trámite arbitral, por lo que respecto de ellas no procede pronunciamiento alguno en este Laudo.

De otra parte, tal como ya fue expuesto, el TSMA fue modificado por las partes en siete (7) oportunidades, con lo que el Contrato, además del clausulado inicial, está compuesto por los Otrosíes Nos. 1 a 7, a través de los cuales se introdujeron cambios a determinados aspectos, en tanto que otros fueron objeto de un desarrollo más específico.

En efecto, el 8 de febrero de 2001 las partes suscribieron el Otrosí No. 1, vigente hasta el 31 de diciembre de 2003.

⁸ Folios 1 y ss. del Cuaderno de Pruebas N° 1

Posteriormente, teniendo en cuenta que la Junta Directiva de Ocesa, en su reunión del 5 de junio de 2003⁹ había tomado la decisión de llevar a cabo una reorganización al interior de la compañía, el 24 de diciembre de 2003 las partes suscribieron el Otrosí No. 2, que inicialmente tendría una vigencia entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2006, y cuya finalidad, de acuerdo con las consideraciones allí expuestas, fue la de modificar el TSMA para,

“... adaptarlo a la nueva organización y contexto de negocio del Propietario, en cuanto a la ampliación de su objeto para incluir en él la prestación de servicios administrativos a OCENSA por parte de CITCOL, al ajuste consiguiente en la remuneración de CITCOL y a algunos aspectos relativos a la terminación del TSMA.”¹⁰

En esta modificación se introdujo, a cargo de Citcol, la prestación de servicios administrativos en favor de Ocesa, a la par de algunos ajustes en la remuneración y nuevas previsiones en cuanto a la terminación del contrato.

En desarrollo del mismo se previó que la Gerencia General de Ocesa sería desempeñada por un funcionario de Citcol escogido de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.1 del TSMA, es decir con la directa intervención e injerencia de la Junta Directiva del Propietario.

Especial atención merece el hecho de que en el Otrosí que se analiza, como parte de la modificación a la Sección 3.3. del Contrato, se introdujo como nueva “*facultad*” y “*obligación*” a cargo de Citcol, la que denominaron “*Seguros y Gestión Integral de riesgos incluyendo el programa de seguros aprobado por la Junta Directiva*”, tema que será objeto de análisis posteriormente en este Laudo.

Posteriormente, el 8 de julio de 2005, las partes suscribieron el Otrosí No. 3, referido principalmente a una prueba de transporte de “*Crudo Castilla*” de propiedad de Ecopetrol, mediante el cual modificaron algunas disposiciones del anexo 1(b) del Otrosí No. 2, modificaciones éstas que tendrían aplicación, solamente durante el término de vigencia del citado Otrosí No. 3.

Por último, las partes suscribieron los otrosíes Nos. 4, 5, 6 y 7, mediante los cuales se introdujeron cambios al Otrosí No. 2, referidos principalmente a su vigencia, la cual, en virtud de todos estos acuerdos, terminó extendiéndose hasta el 31 de diciembre de 2009. Otras modificaciones estuvieron especialmente centradas en el Anexo 1(a) referido a Incentivos pactados en favor de Citcol, y en la Sección “*Objetivo de Presupuesto - Opex Expandido*” del Anexo 1(b).

⁹ Otrosí No.2, Consideraciones P.1

¹⁰ Otrosí No. 2, Consideraciones P. 1

3.3. El Objeto del TSMA

De acuerdo con los considerandos plasmados por las partes en el TSMA, OcenSA fue constituida *“para construir, adquirir, poseer y operar el sistema de transporte del Oleoducto y las instalaciones del Puerto”*. Así mismo, de lo expresado en dicho acápite se desprende que en virtud del Contrato, OcenSA deseaba que Citcol suministrara *“la experiencia necesaria, las habilidades administrativas y la mano de obra para la prestación de los servicios técnicos y de administración para las operaciones del Oleoducto.”*

En desarrollo de lo anterior, según lo previsto la Sección 2.1 del TSMA, le correspondía a Citcol *“suministrar al Propietario los servicios y así mismo (...) actuar en calidad de contratista independiente, y estar obligado por los términos del presente Contrato.”*

La prestación de dichos servicios por parte de Citcol, de acuerdo con lo pactado en la Sección 2.2 del Contrato, debía cumplir con un nivel mínimo de rendimiento según el cual correspondía a Citcol *“garantizar que las actividades de la División de Operaciones que se establecen en el presente Contrato, cumplan con todas las leyes, estatutos, ordenanzas, códigos estatutarios y Regulaciones Ambientales vigentes de las Autoridades Colombianas, así como con los Estándares y procedimientos que apruebe el Propietario cada cierto tiempo”*. De conformidad con dicha sección, el nivel mínimo de rendimiento debía ser *“aquel que generalmente apliquen los operadores experimentados y prudentes para las operaciones de oleoductos en Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica.”*

Por su parte, en el artículo primero del TSMA las partes plasmaron las definiciones de algunos de los términos empleados en el contrato. Así, acordaron que por *“Servicios”* se debía entender el *“suministro por parte de CITCOL de su experiencia, habilidades administrativas y mano de obra, a la División de Operaciones de conformidad con los Artículos Segundo y Tercero del presente, así como al aporte de la propiedad intelectual y el know how de conformidad con el Artículo Cuarto del presente.”*

En concordancia con lo anterior, la Sección 3.1 del TSMA dispuso lo siguiente:

“CITCOL deberá asignar al Propietario los empleados de CITCOL que cuenten con la experiencia y las habilidades necesarias (el “Personal Provisional”) para ocupar los cargos de Jefe de Operaciones, así como los demás cargos que deban ser ocupados por el Personal Provisional que se especifica en el Anexo D, conforme lo determine la Junta Directiva cada cierto tiempo.”

Sobre este tema, el señor John Gerez, quien se desempeñó como Gerente General de Ocesa hasta el año 2006, al momento de rendir testimonio ante el Tribunal y cuando fue preguntado por el objeto del TSMA, contestó en los siguientes términos:

“De una manera tenía varios propósitos, uno para, si no estoy mal, meter a los secondis en Ocesa para que ellos pudieran brindar su experiencia en operaciones y en mantenimiento en la operación de Ocesa y también había una parte de compartir unos estándares, propiedad intelectual de hacer como una transferencia de conocimiento de Citcol a Ocesa.”

Del texto contractual y de lo expresado por el testigo citado es posible concluir que el TSMA tenía como objeto la prestación de servicios técnicos y administrativos por parte de Citcol para llevar a cabo la operación del oleoducto y sus instalaciones, servicios que debían tener un nivel mínimo de rendimiento que las partes establecieron. Dicha prestación de servicios se debía llevar a cabo mediante la asignación de personas con la experiencia y habilidades necesarias para ejecutar las labores de operación del oleoducto, así como con la transferencia de propiedad intelectual y *know how*, tal como se desprende de las previsiones arriba citadas.

Especial preocupación ha mostrado la parte convocante en precisar el alcance del servicio prestado por cuanto ha afirmado que la convocada ha planteado el contrato como un simple suministro de personal. A ello se refirió en diversos apartes de su alegato de conclusión¹¹. En esta materia el Tribunal desde ya advierte que ha encontrado que efectivamente no se trató de un contrato limitado al suministro de personal, pero tampoco, como lo afirma la convocante, y se evidenciará en análisis posteriores de este Laudo, puede afirmarse que se radicó en cabeza de Citcol, en forma absoluta y autónoma, la operación del oleoducto y la administración de la sociedad Ocesa.

3.4. Las Partes del TSMA

El contrato de servicios técnicos y administración TSMA fue suscrito el 31 de marzo de 1995, por Oleoducto Central S.A., quien recibió la denominación de “el Propietario” y, por Cit Colombia S.A., identificado como CITCOL.

De acuerdo con lo estipulado por las partes en el Contrato, las dos personas jurídicas en mención fueron calificadas como “*sociedades anónimas constituidas de conformidad con las leyes de la República de Colombia*” y en efecto es ésta su naturaleza según se desprende de los certificados de existencia y representación allegados al expediente¹².

¹¹ Páginas 78 a 90 del Alegato de conclusión de la convocante.

¹² Folios 42 a 51 Cuaderno Principal No. 1

En lo relativo a las partes, los considerandos del Contrato establecieron lo siguiente:

“El Propietario se constituyó el 14 de Diciembre de 1994 para construir, adquirir, poseer y operar el sistema de transporte de Oleoducto y las instalaciones del Puerto.”

“El Propietario desea que Citcol suministre la experiencia necesaria, las habilidades administrativas y la mano de obra para la prestación de los servicios técnicos y de administración para las operaciones del Oleoducto.”

“Citcol tiene la intención y se encuentra capacitada para suministrar los Servicios al Propietario en los términos y condiciones que se establecen en el presente.”

Las tres declaraciones anteriores llevaron a la suscripción del Contrato en virtud del cual, *“el Propietario y Citcol”* acordaron las condiciones de su ejecución.

Adicionalmente en el Artículo Primero del Contrato, referido a definiciones e interpretación, el concepto *“parte”* fue definido en los siguientes términos:

“Se refiere al Propietario o a Citcol según sea el caso”.

De su lado, *“Citcol”* fue definido como *“la sociedad anónima que se especifica como tal en el primer párrafo del presente Contrato y a sus sucesores y Cesionarios autorizados”.*

En cuanto al concepto *“Propietario”* éste fue definido como *“la sociedad anónima que se especifica como tal en el primer párrafo del presente Contrato y a sus sucesores y cesionarios autorizados”.*

Las anteriores previsiones contractuales llevan a la conclusión de que las partes en el Contrato fueron OcenSA y Citcol.

Ahora bien, como quiera que en el Contrato se hace referencia a los conceptos *“Partes de Citcol”* y *“Partes del Propietario”*, el Tribunal considera necesario precisar que si bien bajo estas definiciones, en particular en el capítulo Séptimo, se incluyeron otras sociedades, tal mención no tiene la habilidad de transformarlas en partes del Contrato.

3.5. Las obligaciones a cargo de Citcol.

Dado que en el presente caso la Parte Convocante pide que se declare que Citcol ha incurrido en incumplimiento del contrato, especial relevancia adquiere el estudio de

las principales obligaciones que adquirieron las partes, análisis que aborda a continuación el Tribunal.

3.5.1 Obligaciones en cabeza de Citcol, el Jefe de Operaciones y la División de Operaciones.

Tal como quedó expuesto en el estudio del objeto del Contrato, el artículo segundo del mismo y con la definición del concepto “*Servicios*” consagrada en el capítulo primero, determinaron, en términos generales, los servicios que Citcol se comprometió a prestar a OcenSA, al igual que el nivel de rendimiento de las actividades que habían de llevarse a cabo en la ejecución del contrato, lo cual se ve complementado por lo previsto en la Sección 3.1.

En esa medida, para cumplir con el objeto del Contrato al que ya el Tribunal ha hecho referencia líneas atrás, el Artículo Tercero del acuerdo estableció en detalle cuáles eran las responsabilidades y obligaciones a cargo de Citcol, del Jefe de Operaciones y de la División de Operaciones.

Así, a Citcol le correspondía,

“asignar al Propietario los empleados de CITCOL que cuenten con la experiencia y las habilidades necesarias (...) para ocupar los cargos de Jefe de Operaciones, así como los demás cargos que deban ser ocupados por el Personal Provisional que se especifica en el Anexo D, conforme lo determine la Junta Directiva.”

Además de lo anterior, según la Sección 9.1 del TSMA, Citcol acordó que:

“durante el plazo del presente Contrato, no se dedicará a ninguna otra actividad para el Propietario ni para terceros, distinta a la estipulada en este documento, sin el previo consentimiento por parte del Propietario.”

Por su parte, la Sección 3.2 establecía que el Jefe de Operaciones “*deberá cumplir con todos los deberes y obligaciones que se le deleguen por decisión de la Junta Directiva cada cierto tiempo*”, incluyendo, según la citada delegación, los siguientes:

“(i) actuar como representante legal del Propietario;

“(ii) nombrar los empleados de la División de Operaciones que no se hubieren nombrado de conformidad con la Sección 3.1;

“(iii) garantizar que la División de Operaciones se desempeñe de conformidad con el nivel de rendimiento que se contempla en el presente Contrato;

(iv) celebrar a nombre del Propietario, dentro de los límites que le delegue la Junta Directiva, acuerdos relacionados con las actividades de la División de Operaciones, incluyendo acuerdos con los Accionistas del Proyecto y sus Filiales, siempre y cuando los acuerdos en mención se celebren de conformidad con los términos y condiciones que no fueren menos favorables para el Propietario comparados con los términos y condiciones que se establecen en acuerdos semejantes, entre partes independientes que actúen en condiciones de igualdad; y

(v) reportar al Presidente todos los temas sobre los cuales el Jefe de Operaciones tenga alguna responsabilidad.”

De otro lado, la Sección 3.3. se refirió a las responsabilidades en cabeza de la División de Operaciones y estableció lo siguiente:

“La División de Operaciones tendrá las facultades y deberá cumplir con las obligaciones que se establecen en las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos que presente el Jefe de Operaciones y apruebe la Junta Directiva cada cierto tiempo, incluyendo la facultad y las obligaciones que se describen a continuación, así como la facultad para adelantar actividades semejantes a las que se describen.”

A reglón seguido las partes acordaron que dentro de dichas obligaciones estaban las relacionadas con recursos humanos, contabilidad operativa, la administración del contrato, relaciones externas, seguridad, ambiental, de salud y seguridad, contabilidad del combustible, ingeniería, compras, traslados de combustible, operaciones, sistemas de información y elaboración de presupuestos.

Del listado anterior resulta evidente que de acuerdo con el clausulado inicial, vigente en estos temas entre el 31 de marzo de 1995 y el 23 de diciembre de 2003, la División de Operaciones tenía a su cargo obligaciones relacionadas con muy variados e importantes aspectos de la operación del oleoducto, aspectos que fueron identificados no específicamente y en forma detallada sino como grandes temas.

Asimismo queda evidencia de que las funciones asumidas por Citcol en virtud del Contrato eran amplias e implicaban una importante serie de actividades operativas y administrativas, las cuales no fueron detalladas en forma particular.

En adición a las “*facultades*” y “*obligaciones*” que aparecían inicialmente mencionadas bajo la Sección 3.3. del TSMA, el Otrosí No. 2, que ha de recordarse, se suscribió el 24 de diciembre de 2003, añadió nuevas funciones identificadas textualmente como “*Seguros y gestión integral de riesgos*”, “*secretaría general*”, “*asuntos legales*”, “*administración, impuestos, tesorería y auditoría interna*”, otorgando así a la División de Operaciones de un espectro más amplio de obligaciones y responsabilidades. En estas nuevas funciones una vez más se

observa una identificación a partir de grandes temas, sin que se hayan especificado en detalle las funciones particulares que implicaban.

De otra parte, en materia del manejo de empleados de Citcol, la Sección 3.4. del TSMA establecía que dicha sociedad debía hacerse responsable de los sueldos, salarios, comisiones y otras remuneraciones, así como del pago de los seguros de salud, vida e incapacidad y los beneficios pensionales y planes de opciones sobre acciones, beneficios para expatriados y beneficios adicionales, gastos generales y administrativos, y si correspondiera, impuestos de seguridad social, seguros de indemnización laboral, así como los demás gastos laborales relacionados con el personal provisional, que a su vez había sido definido bajo el numeral 3.1 del Contrato.

En la citada Sección 3.4, las partes adicionalmente acordaron que *“el Propietario reembolsará a CITCOL todos los gastos laborales en que incurra de manera razonable (...) los cuales se encuentren incluidos en el Presupuesto Operativo Anual Aprobado.”*

De igual manera, acordaron que *“todos los costos y gastos directos e indirectos en que incurra CITCOL de manera razonable para el suministro de Personal Provisional a la Dirección de Operaciones, serán reembolsados por el Propietario a CITCOL”.*

En lo que se refiere a este derecho a reembolso pactado en favor de Citcol y a cargo de OcenSA, el Tribunal considera fundamental hacer énfasis en el concepto *“razonable”* allí previsto, toda vez que implica una valoración subjetiva de parte del Propietario, que en últimas implicaba que la decisión final sobre qué gastos debían ser reembolsados correspondía al Propietario, con lo cual era éste quien a la postre podía determinar el alcance de la facultad relacionada con el suministro de empleados que se asignaban a la ejecución del Contrato.

Visto lo anterior, puede concluirse que mediante lo previsto en el artículo Tercero del TSMA, compuesto por las cuatro secciones arriba analizadas, las partes precisaron la forma en que se debía desarrollar el objeto del contrato, en particular las obligaciones a cargo de Citcol a través del personal que ésta suministraba y del manejo de la División de Operaciones que quedaba a su cargo, todo lo cual constituía la prestación de servicios técnicos y de administración por parte de Citcol para la operación del Oleoducto.

De igual manera, dicho artículo hace claridad acerca de la estructura bajo la cual estaba llamado a operar Citcol, aspecto en el cual, como se analizará a espacio más adelante, la Junta Directiva del Propietario tenía gran injerencia como quiera que determinaba unilateralmente aspectos importantes de la ejecución por parte de Citcol, en cuanto a las obligaciones a cargo de ésta.

Además de las obligaciones ya descritas, las partes se obligaron a guardar confidencialidad mediante un pacto que se recogió en el artículo Sexto del TSMA. De igual manera, se comprometieron a seguir el procedimiento acordado en la Sección 9.12, contentiva del pacto arbitral que dio lugar al presente Tribunal de Arbitramento.

3.5.2 Obligaciones a cargo de Citcol en las cuales intervenía Ocesa

No obstante las obligaciones adquiridas por Citcol en virtud del Contrato a las que se ha hecho referencia, revisado su texto, el Tribunal encuentra que Ocesa, y más particularmente su Junta Directiva, pero también los Comités integrados por delegados de los accionistas de la sociedad, jugaba un rol de especial relevancia respecto de algunas de las obligaciones a cargo de Citcol.

En efecto, en el Contrato suscrito, las partes, al referirse a ciertas obligaciones en cabeza de Citcol, pactaron que éstas estarían subordinadas, en distintos grados y periodicidad, a lo que sobre tales materias determinara el Propietario o su Junta Directiva.

Una revisión detenida del contrato y de sus otrosíes permite identificar algunas obligaciones respecto de las cuales ello se previó, las que se enuncian a continuación.

- (i) En el artículo primero, en el cual se exponen las definiciones de los términos empleados a lo largo del contrato, se hace evidente que el Propietario tenía una gran injerencia en el desarrollo del mismo, en lo relativo a las obligaciones en cabeza de Citcol. De ello constituye ejemplo lo establecido respecto del *“Procedimiento Contable”* sobre el cual se señaló que debía ser entendido como el *“Procedimiento Contable al cual se hace referencia en el Contrato del Oleoducto Central conforme lo apruebe y modifique el Propietario cada cierto tiempo.”* (Subraya fuera de texto)
- (ii) Estando en cabeza de la Junta Directiva de Ocesa la definición del *“Procedimiento Contable”* resulta importante hacer mención de la función a cargo de Citcol contemplada en la Sección 3.3., en la que se enunciaban actividades que la División de Operaciones debía adelantar en desarrollo del TSMA y donde aparece la referida a la contabilidad del combustible, la cual, según se dijo, se debía hacer *“de conformidad con los Acuerdos de Transporte y el Procedimiento Contable”*, procedimiento éste que a su vez, como ha quedado visto, era previamente aprobado por la Junta Directiva del Propietario. El citado Procedimiento Contable debía adicionalmente ser tomado como referente para actividades tan cruciales como las relacionadas con compras, sobre las que también se consagró que se debían llevar a cabo *“de conformidad con los presupuestos Aprobados y el Procedimiento Contable.”*

Lo anterior demuestra cómo temas tan importantes para la ejecución del Contrato, como la “*contabilidad de combustible*” o las compras, se ejecutaban dentro de los parámetros y bajo los lineamientos establecidos por la Junta Directiva en el “*Procedimiento Contable*”.

- (iii) En la Sección 2.2. se acordó que Citcol debía garantizar que las actividades desarrolladas por la División de Operaciones en la ejecución del Contrato debían cumplirse con sujeción a “*todas las leyes, estatutos, ordenanzas, códigos estatutarios y Regulaciones Ambientales vigentes de las Autoridades Colombianas, así como con los estándares y procedimientos que apruebe el Propietario cada cierto tiempo, incluyendo el Procedimiento Contable, así como los Estándares y Procedimientos Ambientales y de Salud y Seguridad.*” (Subraya fuera de texto)

Lo anterior indica que parámetros determinantes de las actividades que debían ser desarrolladas por la División de Operaciones, y que tenían gran trascendencia e impacto en la operación del oleoducto, provenían de decisiones del Propietario, quien estaba llamado a aprobar, periódicamente, “*estándares y procedimientos*” que recaían entre otros, en temas tan importantes como los ambientales y de salud y seguridad. La aprobación de dichos estándares y procedimientos implicaba una regulación de la forma en que se debían ejecutar las obligaciones por parte de Citcol, a través de la División de Operaciones.

- (iv) En la Sección 3.1. se dispuso que “*CITCOL deberá asignar al Propietario los empleados de CITCOL que cuenten con la experiencia y las habilidades necesarias (el “Personal Provisional”) para ocupar los cargos de Jefe de Operaciones, así como los demás cargos que deban ser ocupados por el Personal Provisional que se especifica en el Anexo D, conforme lo determine la Junta Directiva cada cierto tiempo.*” (Subraya fuera de texto)

La regulación anterior implica que en lo atinente a los empleados asignados por Citcol, la Junta Directiva de OcenSA podía intervenir, periódicamente, a través de una determinación de los cargos que debían ser ocupados por el Personal Provisional, actuación que constituye una participación en un aspecto determinante de la ejecución del contrato, a saber el personal asignado por Citcol.

- (v) De otra parte, en esa misma sección se estableció que el nombramiento tanto del Jefe de Operaciones como de las demás personas que le reportaran directamente a éste, estaba sujeto a la aprobación previa por parte de la Junta Directiva, órgano que además, podía ordenar su sustitución siempre que lo considerara conveniente. Sobre esta facultad,

en los alegatos de conclusión la parte convocante afirmó que la Junta Directiva de Ocesa no interfirió con la operación y administración del oleoducto que hacía Citcol debido a que los Secondees eran precisamente los expertos designados por Citcol. En este punto cabe precisar que si como se afirma no hubo intervención de Ocesa en la materia, ello no desdibuja la facultad que el contrato le asignaba para intervenir.

Nuevamente vemos un ejemplo de facultad de intervención de la Junta Directiva del Propietario por partida doble en un tema trascendental para la ejecución del contrato, como lo era la designación del Jefe de Operaciones y de sus subalternos, que, de un lado quedaba sujeto a la conformidad previa de la Junta Directiva, y de otro permitía que en caso de no estar de acuerdo con la intervención de algún empleado, podía pedir que tal persona fuera sustituida.

- (vi) De manera similar, en la Sección 3.2., relativa a las responsabilidades y obligaciones del Jefe de Operaciones, las partes pactaron que éste debía cumplir con todos los deberes y obligaciones que le fueran delegados por decisión de la Junta Directiva cada cierto tiempo. Así mismo, dentro de los deberes enumerados en dicha sección aparece el de *“celebrar a nombre del Propietario, dentro de los límites que le delegue la Junta Directiva, acuerdos relacionados con las actividades de la División de Operaciones...”* (Subraya fuera de texto)

Las anteriores previsiones contractuales implican entonces que el ejercicio de funciones por parte del Citcol a través de las personas asignadas para tal fin dependía, por una parte, de las previsiones contractuales pero, por otra, y sin limitación alguna, de aquello que la Junta Directiva le delegara.

- (vii) Frente a la División de Operaciones, la Junta Directiva tenía también injerencia, tal como se previó desde la definición del concepto, contenida en el capítulo primero, según la cual era *“la división operativa del Propietario que se indica en el Anexo D del presente conforme la modifique cada cierto tiempo la Junta Directiva”* (Subraya fuera de texto). La definición anterior adquiere posterior desarrollo en el Anexo 2 al Otrosí No. 2, que modificó el Anexo D del TSMA, cambiando la organización de la citada *“División de Operaciones”*, donde se dispuso que *“Este Anexo 2 al Otrosí No. 2 es para propósitos ilustrativos solamente y la estructura, funciones y posiciones pueden ser modificadas por la Junta Directiva en cualquier momento.”* (Subrayado fuera del texto)
- (viii) Retomando lo previsto en la Sección 3.3., referida a las obligaciones y las responsabilidades de la División de Operaciones, se observa que allí se dispuso que ésta *“tendrá las facultades y deberá cumplir con las*

obligaciones que se establecen en las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos que presente el Jefe de Operaciones y apruebe la Junta Directiva cada cierto tiempo. (Subraya fuera de texto)

El aparte citado permite ver que en un tema de trascendental importancia para la ejecución del Contrato como las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la División de Operaciones, la última palabra, a través de una aprobación periódica, la tenía la Junta Directiva de OcenSA.

- (ix) En cuanto a las obligaciones a cargo de la División de Operaciones también enumeradas en la Sección 3.3., se destaca la relativa a *“la preparación y presentación a la Junta Directiva de los Estándares y Procedimientos Ambientales, de Salud y Seguridad”*, donde nuevamente los parámetros eran establecidos por el Propietario.

En efecto, según lo previsto en el capítulo Primero del TSMA, el concepto de *“Estándares y Procedimientos Ambientales, de Salud y Seguridad”* debía entenderse como *“estándares, políticas y procedimientos ambientales, de salud y seguridad que apruebe y adopte cada cierto tiempo el Propietario”*. Igual situación se presentaba respecto de los *“Estudios Ambientales”* que según se previó, también debían ser aceptados y/o aprobados por el Propietario.

Así pues, se evidencia que temas cardinales para la ejecución del contrato por parte de Citcol, como eran los relativos a Estándares y Procedimientos Ambientales, de Salud y Seguridad, estaban sometidos a las decisiones del Propietario a través de su Junta Directiva.

- (x) Profundizando acerca de las obligaciones a cargo de la División de Operaciones establecidas en la Sección 3.3., se destaca también la injerencia de la Junta Directiva de OcenSA en las siguientes: la preparación de manuales operativos y de mantenimiento *“conforme lo requiera la Junta Directiva”*; el suministro de reportes operativos *“conforme lo requiera la Junta Directiva”* y la preparación y entrega de las Operaciones Anuales *“para la aprobación por parte de la Junta Directiva”*.

Nuevamente se evidencia que en temas sensibles para la ejecución del contrato TSMA había intervención de la Junta Directiva.

- (xi) En materia de presupuesto, la intervención de la Junta Directiva también estaba contemplada. En efecto, tanto en el anexo 1(b) al Otrosí No. 5 como en el anexo 1(b) al Otrosí No. 6, ambos titulados *“Objetivo de presupuesto – Opex Expandido”*, las partes establecieron la manera en

que éste, a partir de una serie de factores, debía ser definido. Así, las partes acordaron que *“El Opex Expandido (“OE”) se definirá como el Opex efectivamente ejecutado por Ocesa, de acuerdo con las líneas del presupuesto de Opex de Ocesa (...) según fue aprobado por la Junta Directiva de Ocesa...”* (Subraya fuera de texto). La cita anterior demuestra una vez más la relevancia de la Junta Directiva, pues de conformidad con lo pactado por las partes, su aprobación era necesaria en lo relativo a las líneas de presupuesto.

De la anterior revisión se hace entonces necesario concluir que, de acuerdo con lo pactado por las partes en el TSMA, en especial en el capítulo Tercero, algunas de las obligaciones a cargo de Citcol que se ejecutaban a través del Jefe de Operaciones y de la División de Operaciones, y que eran de gran trascendencia e impacto en la ejecución del Contrato, estaban sometidas a lo que Ocesa a través de su Junta Directiva o de otros órganos, según fuera el caso, decidiera, mediante intervenciones que en algunos casos tenían las característica de periódicas, es decir que podían ir cambiando a través del tiempo de ejecución del contrato. Esta situación no permite entonces afirmar que la operación del oleoducto y la administración de Ocesa, estuvieran en forma absoluta en cabeza de Citcol en virtud del TSMA.

3.6. Obligaciones en cabeza de Ocesa

El artículo Quinto del TSMA resulta de especial importancia toda vez que trata el tema de la remuneración al igual que otros aspectos financieros, y su importancia radica precisamente en que versa sobre la contraprestación económica que debía recibir Citcol durante la ejecución del contrato, dotándolo así de su naturaleza bilateral y onerosa.

En esta sección del TSMA las partes dispusieron que Ocesa debía pagar a Citcol los gastos reembolsables de conformidad con el Contrato, así como una serie de comisiones; a saber, la Comisión Operativa, las Comisiones de Incentivos, reguladas en el Anexo B del Contrato y la Comisión Subordinada, regulada en el Anexo C.

Adicionalmente, en la Sección 5.4., las partes acordaron que:

“El Propietario deberá reembolsar a CITCOL todos los gastos en que incurra CITCOL en la realización de las operaciones con anterioridad a la fecha efectiva del presente Contrato hasta en la medida que se establezca en algún presupuesto aprobado previamente por la Junta Directiva.”

De otra parte, en el Artículo Cinco del Otrosí No. 2 se introdujeron modificaciones al esquema de remuneración de Citcol, y en el Anexo 1 al citado Otrosí No. 2,

adicionalmente se modificaron otras regulaciones que incidían en los aspectos económicos y de remuneración previstos por las partes.

3.7. Régimen de responsabilidad previsto en el contrato

En el contrato objeto de controversia, el régimen de responsabilidad se reguló en forma particular en el artículo Séptimo que recibe el nombre de *“Exoneración, Indemnización y Seguros”*.

No obstante lo anterior, otras previsiones contractuales también se refirieron al tema, para concluir en un régimen de responsabilidad y exoneraciones al que el Tribunal pasa a referirse a continuación.

En el capítulo Tercero, referido a las responsabilidades y obligaciones de Citcol, dentro de un concepto de uso frecuente en la contratación, se previó que esta sociedad *“se responsabilizará de todas las acciones y omisiones del Jefe de Operaciones y los demás empleados de la División de Operaciones”*.

No obstante lo anterior, posteriormente, bajo la cláusula 7.1 del Contrato, el Propietario concedió una exoneración en favor de Citcol, sus subsidiarias, sus respectivos accionistas, directores, funcionarios, empleados (incluyendo el personal provisional) y agentes (todos ellos definidos como *“Partes de Citcol”*), *“frente y contra todas y cada una de las reclamaciones, demandas, demandas judiciales, acciones legales, daños, costos, pérdidas y gastos de toda naturaleza, incluyendo honorarios y costos legales razonables de abogados (...) que se llegasen a presentar en contra de alguna de las Otras Partes o que alguna de esas Otras Partes pueda sufrir, soportar, pagar o incurrir en virtud de o como consecuencia de acciones u omisiones de alguna de las Partes de Citcol”* (incluyendo responsabilidad de la Supervisión por parte de la División de Operaciones, así como cualquier otra responsabilidad de la División de Operaciones, originada por acciones u omisiones, en la ejecución de o en lo relacionado con el presente contrato, siempre que las partes de Citcol no sean exoneradas (...)).

En el texto citado aparece la expresión *“Otras Partes”*, que no fue definida en el contrato pero que por el contexto en el que se introduce en la cláusula que se analiza, ha de entenderse referido a los beneficiarios de la exoneración de responsabilidad.

Vista hasta este punto la exoneración otorgada, podría decirse que deja sin efectos la previsión de responsabilidad a cargo de Citcol contemplada en la Sección 3.1 a la que se ha hecho referencia. Y ello sería acertado si se omitiera contemplar la excepción incluida al final de la Sección 7.1 que se analiza, por cuanto allí se previó que Citcol no tendría la exoneración ante reclamaciones que surgieran como

consecuencia de *“negligencia culposa (culpa grave), o conducta dolosa (dolo) de alguna de las Partes de Citcol”*.

Del esquema planteado queda claro entonces que el propósito de las partes al pactar la Cláusula 7.1, era el de exonerar al Contratista de cualquier tipo de reclamación originada en actuaciones u omisiones de las Partes de Citcol en la ejecución del Contrato TSMA, salvo los casos de culpa grave y dolo en que éstas incurrieran.

En efecto, el Contrato previó que la responsabilidad a cargo de Citcol *“originada en acciones u omisiones, en la ejecución de o en lo relacionado con el presente contrato”* se mantenía para reclamaciones surgidas como consecuencia de culpa grave o dolo de alguna de las Partes de Citcol.

En términos similares en cuanto a los beneficiarios, en el numeral 7.2 se previó que el Propietario sería responsable ante Citcol de toda

“reclamación que pudieren llegar a hacer el Propietario y sus funcionarios, agentes y empleados (pero excluyendo al personal provisional) (colectivamente las Partes del Propietario) o un tercero en contra de alguna de las Partes de Citcol”,

o que alguna de las Partes de Citcol pudiera *“llegar a sufrir soportar pagar o incurrir en conexión con las Reclamaciones hechas por las Partes del Propietario”* como consecuencia de la celebración del Contrato.

Hubo claridad en este capítulo del Contrato acerca de que, ante los eventos descritos, el Propietario indemnizaría a Citcol, pero se previó que en ningún caso el Propietario sería responsable ante las Partes de Citcol,

(i) En relación con Reclamaciones producto de negligencia culposa (culpa grave) o conducta dolosa (dolo) de alguna de las Partes de Citcol.

(ii) *“ante daños y perjuicios o reclamaciones incidentales especiales ejemplares o punitivas, incluyendo interrupción de las operaciones comerciales, lucro cesante, ingresos o costos de capital (colectivamente “Daños Especiales)”*.

Nuevamente se observa que la Sección 7.2 que se analiza, introdujo modificaciones a los términos de la responsabilidad a cargo de Citcol contemplada en la Sección 3.1 a la que ya se hizo referencia, pero una vez más se dejó claro que no obstante la responsabilidad que en las materias indicadas asumía OcenSA, se imponía en cabeza de Citcol la responsabilidad por reclamaciones relacionadas con la celebración del Contrato, que fueran producto de culpa grave o dolo de las Partes de Citcol, así como de lo que se denominó *“Daños Especiales”*, concepto que fue definido en la sección que se estudia.

Establecidas las responsabilidades que en virtud del Contrato asumía Ocesa, con las excepciones que han quedado vistas, en el mismo Capítulo Séptimo y bajo el numeral 7.3 las partes se refirieron a las indemnizaciones que estarían a cargo de Citcol.

Allí se previó que Citcol asumía la responsabilidad ante las Partes del Propietario respecto de,

(i) *“toda reclamación que puedan llegar a hacer los funcionarios, agentes y empleados en contra de alguna de las Partes del Propietario o que alguna de las Partes de éste último pueda llegar a sufrir, soportar, pagar o incurrir en conexión con la ejecución de o en relación con el TSMA.”* (Subrayado fuera del texto)

(ii) *“toda reclamación que pueda llegar a presentarse en contra de las anteriores o que alguna de las Partes del Propietario pueda sufrir, soportar, pagar o incurrir producto de negligencia culposa o conducta dolosa de alguna de las Partes de Citcol.”*

Se previó también la obligación a cargo de Citcol de indemnizar a *“las Partes del Propietario frente y contra todas las reclamaciones que llegaren a presentar las partes mencionadas”*.

Todas las anteriores definiciones de responsabilidad quedaron sujetas a que *“en ningún caso Citcol se responsabilizará ante las Partes del Propietario por concepto de “Daños Especiales”, a saber: daños y perjuicios o reclamaciones incidentales, especiales, ejemplares o punitivas, incluyendo interrupción de las operaciones comerciales, lucro cesante, ingresos o costos de capital.*

De las anteriores previsiones contractuales, y para los efectos de las divergencias que son objeto del presente trámite arbitral, ha quedado claro que en cabeza de Citcol quedó la responsabilidad por reclamaciones que pudieran surgir con motivo de acciones u omisiones de ésta en la ejecución del TSMA, en las que hubiese incurrido por dolo o culpa grave.

3.8. Obligaciones relativas al tema de seguros

El tema relativo a seguros objeto del Primer Grupo de Pretensiones Principales de la demanda, el cual fue objeto de gran controversia a lo largo del presente proceso, fue inicialmente regulado bajo la Sección 7.5. del Contrato, en donde las partes se limitaron a consignar lo siguiente:

“Todas las pólizas de seguros adquiridas en nombre de o por el Propietario, deberán designar a CITCOL como un asegurado adicional cubierto bajo dicha póliza y deberán contener una exoneración de subrogación a favor de CITCOL y el Personal Provisional, y todas las personas de las cuales CITCOL fuere legalmente responsable en virtud de los servicios prestados de conformidad con el presente documento.”

La cláusula citada constituye una previsión en beneficio de Citcol, pues implicaba la voluntad de darle cobertura, en condición de asegurado adicional, en las pólizas adquiridas por el Propietario. Asimismo, planteaba que se debía incluir una exoneración de subrogación a favor de Citcol y del personal Provisional así como de toda las personas de las cuales Citcol fuere legalmente responsable, lo cual indicaría que si la póliza se afectaba y se pagaban indemnizaciones, el asegurador no podría recuperar lo indemnizado por la vía del ejercicio del derecho de subrogación en contra de Citcol.

Ahora bien, en el Otrosí No. 2, vigente a partir del 24 de diciembre de 2003 y hasta la terminación del Contrato en el mes de mayo de 2009, según se pactó en los posteriores Otrosíes que suscribieron las partes, bajo el Artículo Tres, Sección 3.2, se introdujo una adición a lo que se denominó *“capacidades y deberes de la División de Operaciones previstas en la Sección 3.3 del TSMA”*.

Para efectos de entender el preciso alcance de la adición acordada, el Tribunal retoma el texto literal consignado en la Sección 3.3. del TSMA, que dice:

“Sección 3.3. División de Operaciones. La División de Operaciones tendrá las facultades y deberá cumplir con las obligaciones que se establecen en las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos que presente el Jefe de Operaciones y apruebe la Junta Directiva cada cierto tiempo, incluyendo la facultad y las obligaciones que se describen a continuación, así como la facultad para adelantar las que se describen (...).”

Visto el texto citado que constituye el marco en el que la División de Operaciones debía adelantar las funciones indicadas, destaca el Tribunal las expresiones de *“facultades”* y *“obligaciones”* que fueron las escogidas para identificar la relación de la citada División con las funciones indicadas, sin que se precisara a qué función correspondía una expresión o la otra, lo cual resulta por lo menos particular, dado el significado opuesto de las dos expresiones.

No obstante la anterior imprecisión, por encontrarse bajo el título *“Responsabilidades y Obligaciones de Citcol, El Jefe de Operaciones y La División de Operaciones”*, para el Tribunal las adiciones introducidas por el Otrosí No. 2 a la Sección 3.3. del TSMA, deben entenderse como obligaciones a cargo de Citcol.

Dicha adición, en materia de seguros fue del siguiente tenor literal:

“(xiv) Seguros y Gestión Integral de Riesgos incluyendo el programa de seguros aprobado por la Junta Directiva.”

La previsión en mención no fue clara en cuanto al alcance de la nueva función, pero en todo caso sí precisó que lo que denominó el “*programa de seguros*” sería el aprobado por la Junta Directiva, lo que hace evidente desde ya, que a nivel de las previsiones contractuales, se trataba de una actividad en la que las dos partes intervenían, amén de la participación de otros órganos en que ellas, junto con delegados de los accionistas de OCENSA, interactuaban, como quedó acreditado en el expediente¹³ y se analizará en detalle más adelante, como ocurría en el Comité Financiero, al que el Tribunal también se referirá en aparte posterior de este Laudo.

Ahora bien, como en materia de seguros la parte convocante alega que la convocada incumplió con sus obligaciones, resulta conveniente citar en este punto la previsión contractual contenida en el numeral 7.4 referida al incumplimiento, según la cual se estableció que, a excepción de la obligación contenida en la Sección 7.3, relativa a la indemnización a cargo de Citcol, “*el único recurso del Propietario en relación con la ejecución (o falta de ejecución) por parte de las Partes de CITCOL o de la División de Operaciones, constituirá el derecho a la terminación estipulada en la Sección 8.2 del presente Contrato.*”

Dicha Sección 8.2. preveía la posibilidad de una terminación del Contrato por parte del Propietario, a su absoluta discreción y en cualquier momento.

3.9. Vigencia del contrato y terminación

En materia de vigencia de las obligaciones, en el contrato sub examine, las partes en la Sección 9.9. del mismo dispusieron que la terminación del contrato no exoneraba a ninguna de las partes de la responsabilidad que se presentara o surgiera bajo el contrato, antes de o como resultado de dicha terminación.

La regulación contractual previó además que la terminación tampoco exonera a las partes de “*las pérdidas, costos, daños, gastos, y responsabilidad que se presente o surjan*” (o las circunstancias eventos o bases de las cuales surgieron) bajo el presente contrato antes de o como resultado de dicha terminación.

Y posteriormente se añadió:

“La intención de las partes es que toda obligación que una de ellas tenga con la otra dentro de los términos del presente Contrato (ya sea ésta conocida o ignorada a la terminación del mismo o si sus circunstancias eventos o bases

¹³ Folios 21, 25, 55, 78, 80 reverso, 82 y ss, 89, 91 y 661 Cuaderno de Pruebas No.5

se conocieren o ignoraren a la terminación de este instrumento) continuará siendo efectiva después de la terminación del Contrato.”

La anterior previsión llama la atención pues representa un esfuerzo de las partes de explicar, aún más allá del enunciado general que reguló la terminación del Contrato, la intención que las animaba a pactar una cláusula con la amplitud contenida en la que se analiza.

La Sección 9.9 bajo examen determina una manifestación que da mayor claridad acerca de las previsiones contractuales que *“permanecerán vigentes”* después de la terminación del Contrato siendo éstas el artículo Sexto, referido a Confidencialidad, el Séptimo referido a *“Exoneración, Indemnización y Seguros”*, la Sección 8.4, referida a las *“Consecuencias de la Terminación”*, y el Anexo C referido al *“Cargo Subordinado”*.

Nuevamente se observa una clara decisión de las partes de dar absoluta claridad respecto de lo que habría de suceder a la terminación del Contrato.

Ahora bien, bajo la Sección 8.4, contenida dentro el capítulo titulado *“Plazo y Terminación”*, se previeron las obligaciones en materia de pagos que se materializarían ante la terminación del contrato.

La regulación citada es importante pues demuestra que en los temas expresamente citados era claro que, según lo pactado en el Contrato, las obligaciones debían permanecer, no obstante que éste terminara. Y dentro de las obligaciones que debían permanecer se incluyó lo relativo a *“Exoneración, Indemnización y Seguros”*, tema regulado en el Artículo Séptimo, éste último en los efectos de lo previsto en la Sección 7.5.

4.- Las pretensiones de la demanda

4.1. Esquema de formulación

Revisado el texto de las pretensiones formuladas en la reforma de la demanda por OCENSA respecto de las cuales el Tribunal asumió competencia para pronunciarse, según lo expuso en la primera audiencia de trámite, lo cual fue reiterado en capítulo anterior de esta providencia, el Tribunal reitera que son dos temas principales que debe examinar y decidir en este laudo; de un lado la obligación contractual particular que según se afirma tenía CITCOL, referida a tomar las pólizas de seguros necesarias y con el valor asegurado suficiente para asegurar la responsabilidad civil extracontractual de OCENSA por los riesgos previsibles asociados a la operación y mantenimiento del Oleoducto materia del TSMA.

Las pretensiones correspondientes están comprendidas en el *Primer Grupo de Pretensiones Principales* de la demanda reformada.

El otro aspecto sometido a decisión del Tribunal se refiere de un lado a la obligación de CITCOL de indemnizar a OCENSA, por todos los perjuicios que sufra, derivados del incumplimiento a título de culpa grave o dolo, por parte de Citcol, del Contrato de Servicios Técnicos y Administrativos suscrito entre ambas partes el 31 de marzo de 1995, más conocido como el TSMA por sus siglas en inglés. De otro, que de acuerdo con el TSMA, las actuaciones u omisiones de Ocenca durante la vigencia del Contrato, que causaron o causen perjuicios a terceros imputables a título de culpa grave o dolo, constituyen incumplimientos de Citcol también imputables a ésta a título de culpa grave o dolo.

Como pretensión subsidiaria de la anterior se pide que se declare que las actuaciones y omisiones ejecutadas durante la vigencia del contrato, que causaron o causen perjuicios a terceros, que le sean imputables a Ocenca título de culpa grave o dolo, constituyen incumplimientos imputables a Citcol, a título de culpa grave o dolo.

Las pretensiones respectivas están recogidas en el *Segundo Grupo de Pretensiones Principales* planteadas por el apoderado de la convocante.

De las peticiones referidas en este segundo grupo destaca el Tribunal que, si bien se trata de declaraciones de responsabilidad de Citcol, no están atadas a conductas específicas, ni se identifican reclamaciones de terceros que las originen, aspectos éstos que incidirán en el análisis que habrá de hacer el Tribunal sobre las mismas, circunstancia que por demás es mencionada en varios apartes del escrito de alegatos de conclusión de la parte convocada.

Adicionalmente la Parte Convocante presenta un capítulo que contiene cinco pretensiones de condena que respectivamente operarían en forma consecucional y ante la prosperidad de “*todas, algunas o alguna*” de las pretensiones declarativas, y respecto de las cuales en algunos casos se formularon pretensiones subsidiarias.

Por último la demanda incluye un capítulo de pretensiones denominado “*Comunes a todos los grupos de pretensiones*”, en el que se incluye una petición de condena en costas y agencias en derecho a cargo de la parte convocada.

4.2 Referencias hechas por la parte convocante acerca del objeto del proceso arbitral.

Visto el marco de las peticiones de la parte convocante, es a éste que el Tribunal deberá ceñirse, ello en cumplimiento de lo previsto en el artículo 305 del C.P.C. según el cual “*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este*

Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

No obstante la claridad de las pretensiones del primer grupo, con las que se busca que el Tribunal declare que ha habido un incumplimiento del TSMA en materia de obligaciones relacionadas con seguros de responsabilidad civil, el Tribunal considera importante hacer referencia a la manifestación que sobre el objeto del presente litigio hizo la representante legal de la sociedad convocante en la declaración de parte que rindió durante el trámite del proceso.

En efecto la doctora María Paula Camacho al dar respuesta a una pregunta del apoderado de la sociedad convocada referida a la identificación de los incumplimientos en que ha incurrido o en que incurrió Citcol en la ejecución del TSMA, contestó:

“Quisiera primero que todo contestar esta pregunta dando un contexto que me parece absolutamente fundamental, Ocesa no inicia este proceso para que se determine en este Tribunal cuáles fueron los posibles incumplimientos de Citcol Enbridge bajo el TSMA, ese no ha sido el propósito de este proceso.

“El propósito de este proceso es que se reconozca que Citcol Enbridge bajo una relación contractual que se extendió por varios años con Ocesa asumió una obligación clara de responder en caso de haber incumplido el contrato con Ocesa y de responder incluso después de la terminación del contrato, incluso por hechos que no se hubieran identificado en su momento durante la ejecución del contrato y creo que este contexto es supremamente importante porque este Tribunal no se trata de atribuir en este momento incumplimientos a Citcol y si uno repasa la demanda eso no es lo que se está pretendiendo.

“Dicho eso, les vuelvo a reiterar, tenemos una serie de procesos judiciales en los que terceros están argumentando que puede haber casos en los que se incurrió en negligencia, incluso se habla de negligencia grave y será en ese momento cuando en esos procesos se produzcan unos fallos que podremos decir de manera definitiva cuáles son esos incumplimientos bajo el TSMA.”¹⁴

La cita anterior permite inferir que desde el punto de vista de la representante legal de Ocesa, el tema que debía ser debatido en este proceso arbitral no era aquel que fue planteado en el Primer Grupo de Pretensiones Principales.

Y hecha la referencia anterior, especial atención merece también la afirmación de la parte convocante consignada en varios apartes de su escrito de alegatos de conclusión en el sentido de que,

¹⁴ Folio 512 y reverso Cuaderno de Pruebas No. 1

“La demanda de Ocesa tiene la finalidad de que se declare que Citcol es responsable por hechos dolosos o gravemente culposos ocurridos durante la vigencia del TSMA, en virtud de la ejecución de sus obligaciones como administrador y operador del oleoducto y de Ocesa. Como consecuencia de lo anterior, y como se ha puesto de presente en varias ocasiones, en el presente proceso no busca que se declare la responsabilidad de éste frente a hechos concretos, sino la existencia misma de la obligación.”¹⁵

4.3 La responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual es la materia que en forma transversal tiene relación con los dos grupos de pretensiones principales formuladas en la demanda, por lo que, en forma previa al pronunciamiento particular sobre las mismas, el Tribunal procede a presentar algunas consideraciones generales sobre el tema.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que para entender las características específicas de la responsabilidad civil contractual es necesario referirse primero al artículo 1495 del Código Civil que define el contrato como “*un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”; segundo al artículo 1602 del mismo ordenamiento que dispone que “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*” y, por último, al artículo 63 que establece una graduación de la culpa y el dolo según la teoría tripartita de la culpa.

En efecto, la responsabilidad civil contractual, como bien lo indica su nombre, tiene su origen en un contrato suscrito previamente por las partes. En palabras del profesor Arturo Alessandri Rodríguez:

“La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause.”¹⁶

Al suscribir un contrato las partes se obligan a cumplir las obligaciones que nazcan a partir del acuerdo de voluntades y a responder ante la otra parte por el incumplimiento de las mismas. En esa medida, es claro que el origen de la responsabilidad civil contractual es el daño surgido como resultado del incumplimiento puro y simple o del cumplimiento defectuoso o tardío de una o varias obligaciones contractuales.

¹⁵ Páginas 142 y 143 del alegato de conclusión de la Parte Convocante.

¹⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981. P. 42

Sobre el particular se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 15 de diciembre de 1938, Magistrado Ponente Hernán Salamanca, en la que al referirse a este tipo de responsabilidad se dijo que la culpa contractual se presenta cuando “*no se cumple oportuna y completamente la obligación correlativa que a favor de otro se ha contraído, en virtud de la celebración de un contrato*”. Se precisó que “*resulta indispensable la existencia de una relación jurídica preestablecida que vincula a un acreedor con un deudor determinado*” y se agregó que tal responsabilidad “*se gobierna por las reglas generales de las convenciones.*”

Visto lo anterior es claro que en materia de responsabilidad contractual “*la única conducta permitida al deudor es la de cumplir la obligación establecida y, por no haberla realizado, su comportamiento se torna ilícito y ese comportamiento ilícito lo hace responsable*”¹⁷, por lo que el hecho contrario a derecho en la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento de lo pactado en el contrato, en los términos de la definición provista por el artículo 1495 del Código Civil.

De esta forma, en el desarrollo de un contrato celebrado con el pleno de los requerimientos de la ley, ante un incumplimiento de las obligaciones contraídas, surge la responsabilidad a cargo de quien causó un perjuicio por no haber atendido las obligaciones asumidas, o por haberlo hecho en forma tardía o defectuosa.

Ahora bien, en palabras del profesor Jorge Suescún Melo, “*los elementos esenciales de la responsabilidad contractual están constituidos por: incumplimiento de una obligación asumida por el deudor; que el incumplimiento le sea imputable a dicho deudor es decir que se haya debido a su culpa o a su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor*”.¹⁸

Y en materia de imputabilidad del deudor, el tratadista Jorge Cubides Camacho señala:

“Muchas causas puede tener la falta de cumplimiento de la prestación. Pero solo dos de esas causas hacen imputable al deudor en la responsabilidad concreta: su dolo y su culpa. (...) si el deudor incumple maliciosa e intencionalmente la obligación, con el propósito y la advertencia de causar perjuicio al acreedor, es imputable por dolo. En esta hipótesis, la más grave del derecho privado, el deudor debe asumir las consecuencias de su torpe conducta indemnizando los daños causados al acreedor. Y no solamente los daños actuales sino los futuros consecuenciales de su incumplimiento doloso previsibles o imprevisibles, todo como lo manda el artículo 1616 del Código Civil. Si el incumplimiento no es intencional, no hay dolo. Puede llegar a configurarse, sin embargo, la imputabilidad por culpa, si el deudor por su conducta imprudente o negligente se coloca en condiciones de incumplir la

¹⁷ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Legis. Tomo I. Pag. 189.

¹⁸ Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I, Segunda Edición, P. 262

*prestación. Esta imputabilidad por culpa también origina la necesidad de resarcir los perjuicios causados al acreedor pero en este caso solamente aquellos que se previeron o pudieron preverse al tiempo del nacimiento de la obligación.*¹⁹

Ahora bien, en palabras del profesor Javier Tamayo Jaramillo, *“unas veces la responsabilidad contractual reposa en la culpa y otras no y, (...) por tanto, la inejecución de la obligación no es sinónimo de culpa, puesto que en la responsabilidad objetiva se incumple la obligación aunque no haya culpa del deudor incumplido”*.²⁰

Ahora bien, para la definición de la culpa la jurisprudencia y la doctrina en Colombia adoptan el criterio abstracto, que consiste en considerar un arquetipo de modo de obrar prudente a fin de determinar si en un caso concreto el agente actuó con culpa o no.

En efecto, en materia contractual, el artículo 1604 del Código Civil introduce la clasificación tripartita de la culpa que instituye que ésta puede ser, bien grave o lata, bien leve, o levísima, según el grado de utilidad reportado a las partes interesadas en el contrato.

De esta forma, si el contrato reporta beneficio únicamente al acreedor, el deudor se hace responsable de la culpa grave; si el contrato reporta beneficios únicamente al deudor el mismo se hace responsable de la culpa levísima y, por último, si el contrato reporta un beneficio a ambas partes, el deudor se hace responsable de la culpa leve.

De otro lado, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave como aquella que consiste en *“no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”*, la culpa leve como aquella *“falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”* y la culpa levísima como la falta de diligencia que *“un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”*.

De otra parte, en el mismo artículo 63 el dolo fue definido como *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”*.

La Corte Suprema de Justicia, define el dolo o culpa grave así: *“(…) es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de dañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de intención positiva de inferir injuria. Por consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su*

¹⁹ Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones. Sexta Edición. Ps. 325 y 326

²⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I, P. 405

manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión.”²¹

Nótese que la ley y la jurisprudencia asimilan para sus efectos a la culpa grave y al dolo, aun cuando son figuras diferentes con implicaciones distintas, especialmente en materia probatoria.

Luis Claro Solar dice:

“La culpa lata es equiparada al dolo en materias civiles, porque la negligencia o la imprudencia cometida es de tal modo burda y grosera que es apenas creíble que su autor no haya deseado al obrar, causar el daño que se ha realizado”.

Y agrega:

*“Un individuo que así procede, estúpidamente, no podía dejar de ser tratado como el autor intencionado de su negligencia; de otro modo nada sería más sencillo, para evitar la responsabilidad, que invocar su ignorancia o falta de inteligencia: el autor de una culpa intencionada pretendería siempre que, sin duda, se ha conducido de una manera absurda, que, sin duda, su acto parece ser el de un individuo que ha deseado el daño; pero que, si él es un imbécil, no es un malvado”.*²²

En cuanto a la culpa contractual, el profesor Javier Tamayo Jaramillo ha planteado que debe entenderse como *“la imprudencia, impericia, negligencia o la violación de reglamentos con que el deudor actuó y que lo condujeron a incumplir, demorar o cumplir imperfectamente el contrato”.*²³

Según definición del maestro Arturo Alessandri²⁴ la culpa *“Es aquella falta de diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho”.*

Pasando a otro de los elementos esenciales de la responsabilidad, el daño, éste constituye toda lesión a un bien jurídicamente tutelado o en otras palabras, una alteración negativa en un patrimonio jurídico existente.

El daño debe poder ser indemnizable bien sea en consideración del lucro cesante o del daño emergente, en cualquiera de sus manifestaciones.

Por último, la relación causal como elemento de la responsabilidad civil se refiere a una correspondencia entre el daño alegado por el demandante y la conducta del

²¹ Sala de Casación Civil – 13 de Noviembre de 1956)

²² Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Luis Claro Solar, Tomo Undécimo. Imprenta Nascimento. Chile 1937. Pág. 526

²³ Tamayo Jaramillo, Javier. Op. Cit. Tomo I, P. 411

²⁴ Arturo Alessandri. Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento Chile, 1961

agente, de forma tal que el perjuicio ocasionado sea una consecuencia de la conducta del demandado. La causalidad jurídica puede ser simple, cuando la víctima únicamente debe probar el vínculo de causalidad entre la conducta del agente y el daño producido, y compleja, cuando la víctima debe probar una sucesión de relaciones causales a fin de establecer el vínculo entre la conducta originaria del demandado y el daño final ocasionado por la misma.

Vistos los anteriores elementos el Tribunal considera pertinente, para efectos de los pronunciamientos que han de hacerse en este Laudo, traer a colación lo expuesto en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 31 de mayo de 1938, Gaceta XLVI-567, en el que se dijo lo siguiente:

“Cuando se pretende en juicio por el acreedor que el deudor ejecute su obligación, basta a aquél probar la existencia del contrato. No así cuando se demanda la reparación del daño ocasionado por la inejecución consumada de la obligación o por el rehusamiento a ejecutarla que sea equivalente a aquello otro. Es de la presencia de cualquiera de estas dos circunstancias de donde nace la obligación de resarcir el daño, pero no como erróneamente se sostenía, del contrato. Ello es muy claro, la responsabilidad civil solo nace de la culpa. Esta que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa. La obligación primitiva queda sustituida por esta otra obligación que surge de la culpa, sin que por ello sea dable confundirlas. Cuestión muy distinta es la de que la obligación contractual suela aparecer como una condición previa para la culpa y la obligación de reparar como la consecuencia de la culpa. De ahí que para la procedencia de la acción encaminada a indemnizar perjuicios contractuales se requiera, además de la prueba de la obligación contraída, acreditar la violación de ésta, porque en esa forma se demuestra al mismo tiempo la existencia de la obligación de indemnizar cuyo cumplimiento se persigue.”

Vistos los parámetros legales de la responsabilidad civil contractual, ha de recordarse que en el presente caso, como ya se anotó, las partes en efecto celebraron un contrato y en éste generaron un acuerdo contractual sobre el régimen particular de responsabilidad que aplicarían recíprocamente, acuerdo que es viable en virtud del principio de la autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1602 del C.C., en tanto se trata de actos jurídicos válidamente celebrados que no atentan contra el orden público. La disposición en mención, eje fundamental de nuestro derecho contractual privado, solo está limitada por los principios rectores del orden público que los particulares no pueden derogar o desconocer.

En desarrollo de este postulado la Corte Suprema de Justicia ha establecido la ineficacia de las previsiones contractuales que tengan por objeto restringir la responsabilidad derivada del dolo o la culpa grave, así:

“Las cláusulas contrarias a la norma, sea por excluir el dolo o culpa grave, ora renunciar a responsabilidad por tal virtud, bien desconocer los topes mínimos o las condiciones para su pertinencia, “no producirán efectos”, o sea, se sancionan por ineficacia (Artículo 897, C. de Co.)”

“(…) si bien, en ejercicio de la autonomía privada, las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para establecer límites a su responsabilidad negocial o debitoria, y más concretamente, por un riesgo propio del negocio, tal facultad no es absoluta, sino sujeta a límites de orden público. Y sobre todo no puede utilizarse jamás como herramienta para patrocinar directa o indirectamente, que las partes del contrato respectivo, eludan su responsabilidad por culpa grave o dolo, vulneren normas jurídicas imperativas (ius cogens), las buenas costumbres, o materias sustraídas de su esfera dispositiva, verbi gratia, los derechos de la personalidad, la vida, salud e integridad de las personas.”²⁵

Ya antes, la Corte se había pronunciado sobre la exclusión de responsabilidad en tratándose de culpa grave o dolo, considerando tales cláusulas como absolutamente nulas:

“Que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad cuya presencia no es rara hoy en ciertos tipos de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en material civil se asimila al dolo según las voces del artículo 63 del Código Civil, desde luego que el 1522 de la misma obra le niega validez a la condonación del dolo futuro y el 1523 ibídem estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Tratándose de la culpa grave y levísima, en cambio, los contratantes pueden lícitamente acordar, y en estos eventos su convención es plenamente eficaz, la atenuación y aun la supresión de la responsabilidad civil que la ley, como norma supletoria de la voluntad expresa de las partes, consagra para estos dos grados de culpa”.²⁶

En el caso que ocupa al Tribunal, la disposición contractual referida a la responsabilidad a cargo de Citcol determina el régimen de responsabilidad contractual que escogieron las partes y se encuentra dentro del límite de los principios de orden público.

Expresamente lo que los contratantes pactan es respetar y reconocer la responsabilidad derivada de la culpa grave y el dolo, renunciando a los efectos de una eventual culpa leve o levísima.

²⁵ William Namen Vargas. Sentencia de Casación Civil del 8 de Septiembre de 2011.

²⁶ Sentencia de Casación Civil del 6 de Marzo de 1972). C.J. CXLII

Ahora bien, la Corte Suprema también se ha pronunciado sobre la reparación derivada de la responsabilidad contractual, previendo que su régimen puede ser acordado por las partes.

*“En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual **la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extra patrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que “Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas”.**”²⁷*

En cuanto al dolo, el artículo 1516 del CC, establece que el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley, en tanto que en los demás casos debe probarse, aspecto éste que es de relevancia para efectos de las diferencias que han surgido entre las partes del TSMA.

4.4 El régimen de responsabilidad pactado en el contrato.

El análisis y la descripción de régimen de responsabilidad previsto en el Contrato fue abocado en capítulo anterior de este Laudo por lo que el Tribunal se remite a lo ya dicho, advirtiendo que tal como quedó visto, en el TSMA, tanto por activa como por pasiva, respecto de OCENSA como eventual damnificado de las actuaciones de CITCOL, se modificó la regla general de responsabilidad contractual circunscribiéndola al ámbito especial del dolo y la culpa grave.

En cuanto a los efectos del incumplimiento del Contrato, resulta importante destacar lo previsto en la Sección 7.4 según la cual, bajo el título “*Reconocimiento*”, se previó lo siguiente:

“Sin perjuicio de las estipulaciones en contrario contenidas en el presente contrato, el Propietario reconoce que, excepción hecha de lo dispuesto en la sección 7.3, el único recurso del propietario en relación con la ejecución (o falta de ejecución) por parte de las Partes de Citcol o de la División de Operaciones, constituirá el derecho a la terminación estipulada en la Sección 8.2 del presente Contrato.”

²⁷ Sentencia Corte Constitucional C – 1008 de 2010

De su lado la Sección 8.2 preveía la facultad en cabeza del Propietario de dar por terminado el contrato a su absoluta discreción en cualquier momento, y se consagraba también la renuncia expresa de Citcol a reclamar sumas distintas de aquella que en la misma cláusula se estableció seguiría siendo pagada por el Propietario.

De acuerdo con lo anterior, cualquier incumplimiento en que incurriera la parte convocada, exceptuando lo previsto en la Sección 7.3, solo le permitía a Ocesa dar por terminado el Contrato en forma unilateral.

4.5 El primer grupo de pretensiones principales: Obligaciones en materia de seguros.

Las pretensiones del Primer Grupo de Pretensiones Principales respecto de las cuales el Tribunal asumió competencia son las siguientes:

***“Primera:** Que se declare que de conformidad con el TSMA, CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación tenía la obligación de tomar las pólizas de seguro necesarias, y con valor asegurado suficiente, para asegurar la responsabilidad civil extracontractual de OCENSA por los riesgos previsibles asociados a la operación y mantenimiento del Oleoducto.*

***Segunda:** Que se declare que el no asegurar, de manera suficiente, riesgos previsibles constituye un incumplimiento del TSMA imputable a título de culpa grave o dolo.*

***Tercera:** Que se declare que CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación incumplió la obligación de que trata la pretensión primera principal, lo cual constituye un incumplimiento del TSMA que le es imputable a título de culpa grave o dolo.*

***Subsidiaria a la pretensión anterior:** Que se declare que CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación incumplió el TSMA.”*

Revisado el texto de las pretensiones planteadas se aprecia que el elemento común a todas ellas es el incumplimiento del contrato, derivado de la no atención de una obligación que se dice estaba a cargo de CITCOL referida a tomar pólizas de seguro, incumplimiento que se concreta en el hecho de no haber CITCOL asegurado, de manera suficiente, riesgos previsibles, teniendo la obligación de hacerlo, conducta respecto de la cual se pide que se declare que es imputable a título de culpa grave o dolo.

De otro lado, en la cuarta pretensión, el cargo de incumplimiento que se presenta se hace en forma general sin atarlo a ninguna conducta.

Las pretensiones bajo análisis se soportan, además de los hechos referidos a la obligación general de CITCOL de indemnizar a OCENSA según el TSMA, en los siguientes:

Afirma la parte convocante que de acuerdo con la Sección 3.3. del TSMA, modificada mediante el Otrosí 2 celebrado el 24 de diciembre de 2003, la División de Operaciones:

“tendrá las facultades y deberá cumplir con las obligaciones que se establecen en las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos que presente el Jefe de Operaciones y aprueba la Junta Directiva cada cierto tiempo, incluyendo la facultad y las obligaciones que se describen a continuación, así como la facultad para adelantar actividades semejantes a las que se describen:

(...)

(xvi) Seguros y Gestión Integral de Riesgos incluyendo el programa de seguros aprobado por la Junta Directiva”

De esa forma se afirma en el hecho 45 de la demanda reformada que CITCOL estaba obligado *“a realizar la gestión integral de los riesgos y tenía a cargo la obligación contractual de obtener las pólizas de seguro necesarias para amparar los riesgos asegurables”*, dentro de los cuales estarían *“todas las reclamaciones de cualquier naturaleza por culpa leve y levísima o el ejercicio de actividades que eventualmente se consideren como peligrosas y den lugar a la eventual responsabilidad objetiva de Ocensa”*.

Por esta razón, concluye el apoderado, *“El no obtener las pólizas estando en la obligación de hacerlo es un incumplimiento del TSMA”* que impone a CITCOL la obligación de *“indemnizar a Ocensa por todos los perjuicios que cause el incumplimiento”*, y que corresponden a *“los pagos que Ocensa se vea en la obligación de hacer en ausencia de una póliza que ampare el riesgo materializado”*.

En el hecho 50 de la demanda reformada afirma la parte convocante que la omisión de obtener pólizas para amparar *“todos los riesgos asegurables constituye un incumplimiento a título de actuación gravemente culposa y/o dolosa de Citcol”*, por lo que ésta es responsable por cualquier perjuicio que se cause a OCENSA como resultado de dicha actuación y, en tal virtud, está en la obligación de indemnizarla por cualquier reclamación respecto de un riesgo que era asegurable y debía estar asegurado.

Afirma que, por ello, CITCOL debe indemnizar a OCENSA por cualquier reclamación que se presente respecto de actos cometidos con culpa leve o derivados del ejercicio de una actividad peligrosa que no esté amparada por una póliza de seguros.

En la contestación de la demanda el apoderado de CITCOL, frente a los hechos en que se fundan estas pretensiones, afirma que su responsabilidad corresponde a la señalada en el artículo Séptimo, *“limitada a cualesquiera reclamos que surjan de la culpa grave o dolo de cualquiera de las partes Citcol, lo que excluye por supuesto, cualesquiera reclamos que surjan de las actividades propias de OCENSA, bajo cualquier régimen de responsabilidad, sea basado en la culpa o en actividades peligrosas”*. Reitera lo dicho en diversos apartes de la contestación en el sentido de que CITCOL no tenía a su cargo la operación del oleoducto.

Respecto de la función adicionada mediante el Otrosí N° 2 a la División de Operaciones de OCENSA, a cuyo servicio laboraban los empleados de CITCOL, advierte que las actividades de la División de Operaciones se adelantaron *“bajo las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos aprobados por la Junta Directiva de OCENSA”*. Y en cuanto a que CITCOL estaba obligado a realizar la gestión de riesgos y a obtener *“las pólizas de seguro necesarias para amparar los riesgos asegurables”*, manifiesta el apoderado de la convocada que CITCOL nunca tuvo a su cargo *“obtener pólizas de seguros necesarias para amparar los riesgos asegurables. Su actividad se enmarcó en el objeto general del TSMA. Citcol no tuvo a su cargo la gestión integral de los riesgos”*.

La parte convocada niega que CITCOL hubiera tenido a su cargo *“amparar con una póliza de seguros “todas las reclamaciones de cualquier naturaleza por culpa leve o levísima o el ejercicio de actividades que eventualmente se consideren como peligrosas y que den lugar a una eventual responsabilidad objetiva de OCENSA”*, lo cual, agrega, es legalmente imposible.

Respecto de la supuesta obligación de CITCOL de indemnizar a OCENSA por no obtener las pólizas estando en la obligación de hacerlo, la convocada afirma que es un desconocimiento de lo pactado en la Sección 7.3., además que *“de existir tal obligación, y de acreditarse además que fue incumplida, bajo el TSMA, el propietario, es decir OCENSA, exoneró a Citcol de toda responsabilidad, incluidas aquellas reclamaciones que estén basadas en un régimen de responsabilidad diferente a la culpa grave o el dolo”*.

En cuanto a que en virtud de la supuesta omisión de tomar pólizas para asegurar los riesgos asegurables, *que en palabras de la parte convocante “constituye incumplimiento a título de actuación gravemente culposa y /o dolosa de Citcol que debe indemnizar”*, el apoderado de la convocada considera que tal afirmación no solo *“se aparta del régimen de exoneración, responsabilidad e indemnidad pactado bajo el TSMA, sino que, además, conduce a una presunción inaceptable en tanto el grado de culpa exigido bajo ese mismo instrumento contractual”*.

Respecto de las supuestas reclamaciones que enfrenta OCENSA por hechos relacionados con el funcionamiento del Oleoducto y de Ocensa, durante la vigencia del TSMA, Citcol afirma que toda vez que OCENSA no señala ni especifica las reclamaciones judiciales y extrajudiciales que se han presentado en su contra, no puede referirse a ellas, además porque CITCOL *“no es parte de esos procesos, no ha sido llamado en garantía, ni se le ha denunciado el pleito”*. Añade que la existencia de estas reclamaciones *“no significa que Citcol deba asumir el pago de las condenas, puesto que es necesario que se declare en concreto, por un Tribunal de Arbitramento, la responsabilidad de Citcol basada en culpa grave o dolo, que es el único régimen de responsabilidad aplicable a sus actuaciones”*.

En cuanto a que no haya aún una decisión judicial en firme *“que determine la existencia de responsabilidad civil en cabeza de OCENSA por los hechos en los que ellas se fundan”*, advierte el apoderado de CITCOL que *“la demanda incluye unas peticiones antes de tiempo, puesto que se está reclamando y solicitando que se declare la responsabilidad de mi representada sin conocer con certeza los hechos o actuaciones en los que pudo estar involucrada la responsabilidad directa de Citcol, que no es la misma responsabilidad extracontractual de OCENSA frente a terceros”*.

4.5. Consideraciones del Tribunal

Para efectos del análisis que en este punto ha de abocar el Tribunal, resulta necesario precisar que en lo que respecta a las obligaciones a cargo de Citcol, establecidas en el TSMA, el contrato tuvo dos periodos de ejecución.

En efecto desde su inicio en marzo del año 1995 y hasta el 23 de diciembre de 2003, las obligaciones a cargo de la sociedad convocada fueron aquellas consignadas bajo el artículo tercero, en cuya Sección 3.2 se establecieron las funciones del Jefe de Operaciones, funcionario que CITCOL debía asignar a OCENSA; así mismo quedó probado que en la Sección 3.3. se enlistaron las actividades a cargo de la División de Operaciones de OCENSA, división que estaba bajo la dirección de personal provisto por CITCOL.

De acuerdo con lo pactado en el TSMA, la *División de Operaciones*, era la división operativa de OCENSA, que estaba compuesta por el Jefe de Operaciones, el personal asignado por CITCOL y los demás empleados de OCENSA que le reportaran directa o indirectamente al Jefe de Operaciones, y según la Sección 3.3., tenía *“las facultades y deberá cumplir con las obligaciones que se establecen en las directrices y declaraciones generales de las políticas y procedimientos que presente el Jefe de Operaciones y apruebe la Junta Directiva cada cierto tiempo, incluyendo la facultad y las obligaciones que se describen a continuación, así como la facultad para adelantar actividades semejantes a las que se describen: ...”*

En las cláusulas contractuales vigentes en este primer periodo de ejecución del contrato, la referencia que se encuentra al tema de seguros en el TSMA es aquella prevista en la Sección 7.5 del TSMA a la que ya se refirió el Tribunal, y en la que se estableció que *“todas las pólizas de seguros adquiridas **en nombre de o por el propietario**, deberán designar a CITCOL como un asegurado adicional cubierto bajo dicha póliza y deberá contener una exoneración de subrogación a favor de CITCOL y el Personal Provisional, y todas las personas de las cuales CITCOL fuere legalmente responsable en virtud de los servicios prestados de conformidad con el presente documento”*.

La previsión citada constituye, como ya se dijo, una regulación en favor de Citcol, que en tal virtud adquiriría, de un lado, el derecho de ser incluido como asegurado adicional en las pólizas de seguros adquiridas por OcenSA, y de otro, un blindaje contra una potencial acción de subrogación en su contra.

Posteriormente y con motivo de la suscripción del Otrosí No. 2, a partir del 24 de diciembre de 2003, las funciones asignadas sufrieron las modificaciones que se consignaron bajo el “Artículo Tres” del mismo, modificaciones que incluyeron precisiones en cuanto a “Contabilidad” y “Administración de Contratos”, así como nuevas funciones en diversas materias, entre ellas el punto referido a seguros, que se previó en los siguientes términos:

“(xiv) Seguros y Gestión Integral de Riesgos incluyendo el programa de seguros aprobado por la Junta Directiva”²⁸.

Del texto literal bajo el que se expresó la nueva función que se asignaba a Citcol, no resulta posible determinar con precisión el alcance específico de las tareas que ésta debía desarrollar, aspecto que resulta de trascendencia para definir si hubo incumplimiento de la parte convocada en este tema.

Por ello, y en aras de identificar la extensión de la obligación, el Tribunal habrá de recurrir a los elementos probatorios allegados en el curso del proceso, que le permitan identificar la existencia o no de la obligación, y cómo las partes entendieron y desarrollaron esta materia en la ejecución contractual.

Sin embargo, desde ya se destaca que en la definición de la tarea se incluyó, desde el inicio, que el programa de seguros sería aprobado por la Junta Directiva de OCENSA, lo que muestra que en el manejo del tema, las dos partes tenían intervención.

Y para el análisis de esta materia vale la pena tener en cuenta que a todo lo largo del trámite arbitral se han evidenciado las opuestas posiciones de las partes en un tema que aquí resulta de relevancia, y es el referido a la intervención que tenía OCENSA y sus órganos administrativos o consultivos en la operación de la sociedad,

²⁸ Folio 156 Cuaderno de Pruebas No.1

y si, como lo afirma la parte convocante, la gestión y manejo operativo y administrativo estaba en forma integral en cabeza de CITCOL, o si como lo afirma CITCOL la operación del oleoducto estaba en cabeza de OCENSA.

Sobre esta divergencia versaron casi todas las declaraciones que se rindieron ante el Tribunal, pues fueron varios los testigos que se refirieron a los comités existentes en OCENSA, a las decisiones que se tomaban en el seno del Junta Directiva de la sociedad, a la forma en que todos estos órganos interactuaban y a la relación que tenía CITCOL con ellos.

En efecto, a partir de lo dicho por varios testigos quedó claro que OCENSA contaba con varios comités para el desarrollo de su operación, que estuvieron activos durante la ejecución del TSMA, comités que estaban integrados por delegados de los accionistas, en los que también participaba la señora Presidente de la Junta Directiva, entre otros miembros, y a los que también concurría personal asignado por CITCOL.

De ello dan fe los testimonios que se indican a continuación cuyas manifestaciones sobre el tema, por su importancia y claridad se incorporan al presente Laudo, no sin antes observar que son planteamientos coincidentes que merecen toda la credibilidad del Tribunal por provenir de varias personas que en muchos casos integraban los órganos a los que se refieren.

En efecto al tema se refirió la testigo Luisa Fernanda Lafaurie, quien al informar al Tribunal acerca de sus funciones como Presidente de la Junta Directiva de OCENSA expresó:

“Tengo, como dije, funciones, presido el Comité Financiero de Ocesa, presido el Comité de Auditoría de Ocesa y presido el Comité de Responsabilidad Social, por estatutos, por consiguiente estoy presente en esos comités, también tengo una función de buscar consensos entre los accionistas, en la complejidad que ha sido Ocesa y su manejo en sus decisiones por su gobierno corporativo donde, como dije antes, las decisiones no se toman por mayoría simple sino prácticamente por mayoría absoluta casi todas, por no ponerlas todas. Esas han sido mis funciones en Ocesa.”

Y agregó:

“Participo en el Comité Financiero, participo en el comité que nosotros llamamos de Responsabilidad Social, o sea, donde se discuten los temas de compensación, de comunidades, participo en el Comité de Auditoría y participo del Comité de Operaciones, en todos los comités de Ocesa participo.”

Al ser preguntada por las razones de su participación en tales comités, respecto de los cuales señaló además que estaban integrados por los miembros de las diferentes compañías de los accionistas de OCENSA, expresó:

“Porque así lo decidió la Junta, porque como repito la razón de crear este cargo fue cuando se fusionaron en el operador las funciones administrativas y financieras que antes ejercía una compañía completamente, un grupo de personas completamente aparte, entonces cuando se fusionan las compañías, o por lo menos ese fue el espíritu cuando me llamaron a mí a ejercer esta función, per se se creaba un conflicto de interés en el cual había un accionista que a su vez era el operador, se crearon estos comités para crear un gobierno corporativo más sólido en OcenSA, al Comité Financiero iba primero la depuración de los presupuestos, el análisis de los presupuestos, que era lo que le daba la garantía a los socios porque el mecanismo de OcenSA es que básicamente todo del costo del presupuesto lo pagan los ... en la tarifa, un poco la responsabilidad del operador era gastar, no controlar de cierta manera.”

“Se creó el Comité de Auditoría porque ahora era mucho más riguroso ese control de los accionistas al operador, y se decidió crear este Comité de Responsabilidad Social para todo el tema de las comunidades, creo que el origen de mi participación en esa fue inicialmente generar ese equilibrio en el gobierno corporativo ante el conflicto y la fusión de esos dos organismos, pero después en lo que por mis conocimientos y mi trayectoria podía aportar en colaboración a la administración.”

Sobre la relación que existía entre los Comités y la Junta Directiva de OCENSA, indicó:

“Son como los comités en general de todos los gobiernos corporativos, recomiendan a la Junta ciertas decisiones, la Junta es la que toma las decisiones, el comité no.”

Precisó también que tales comités no eran decisorios sino de *“recomendación a la Junta Directiva”* y señaló que los mismos *“... estudian, evalúan”* y que *“igual que todos los comités de los gobiernos corporativos de las compañías, estudian los temas, los analizan, y van con una recomendación a la Junta Directiva”*.

Más adelante indicó que se trataba de *“comités de gobierno corporativo”* y aclaró que *“no son comités administrativos, cuando digo son comités de gobierno corporativo son como los comités de cualquier gobierno corporativo, son representantes de los accionistas o de los miembros de junta, en este caso OcenSA no tiene miembros independientes, que estudian los temas con mayor precisión y van a la Junta Directiva con una recomendación para no entrar en tanto detalle en la Junta Directiva”*.

En particular respecto de la contratación de seguros afirmó que *“La póliza de seguro se llevaba al Comité Financiero, en una póliza general, recuerdo, no tengo claro hoy, pero sí recuerdo mucho que nos amparábamos en BP, en las pólizas generales, pero se han debido discutir en el Comité Financiero”*; y ante una pregunta del apoderado de la convocada señaló que el señor Francisco Quijano, quien según indicó es hoy y era en la época del TSMA el Gerente financiero, era el encargado de hacer la valoración de seguros y riesgos.

Al ser preguntada por las pólizas de BP indicó que *“lo único que recuerdo es que hubo un momento en que era una negociación más conveniente, cuando digo BP hablo de Cusiana y Cupiagua, no de la compañía BP sino de la operación Cusiana, Cupiagua y salimos al tiempo para poder tener unos beneficios económicos, pero finalmente Ocesa sale y contrata sus pólizas de manera independiente, me acuerdo que nos unimos durante mucho tiempo para tener un beneficio de volumen con la operación de Cusiana y Cupiagua”*.

Por otra parte la testigo Ana María Sarria vinculada a la firma Equión, otro de los accionistas de OCENSA, en cuanto al manejo de los temas en los Comités y en la Junta Directiva explicó que,

“Había temas que por estatutos se llevaban a junta, pero la administración claramente estaba presente y realmente ejecutaba las decisiones que la Junta sí tomaba, pero en general diría que la toma de decisiones era como una toma de decisiones normal de cualquier gerente general de una compañía que supervisa a un grupo de personas que conforman la compañía y determinan lo que la compañía hace.”

Al referirse a la actuación de CITCOL y de quienes esta sociedad había asignado para la ejecución del TSMA, manifestó que *“era bastante cercano a los temas, siempre estaban presentes en todas las conversaciones donde los accionistas teníamos algún tipo de interacción siempre poniendo su punto de vista, como les digo, un poco celosos de la operación en el sentido de que todos los accionistas excepto tal vez, TOTAL, también somos operadores y tenemos muchos intereses”*.

Y agregó:

“Somos operadores en Cusiana, Ecopetrol está operando por todas partes alrededor del oleoducto, siempre hay interacciones que necesariamente tenían que suceder en el sentido de ciertas sinergias que hay que pasar crudo de aquí para allá, hay que llevar agua de aquí para acá, en esas conversaciones siempre sentía a un Enbridge muy celoso de la forma como se desarrollaban las operaciones de tal forma que ellos estuvieran realmente convencidos y tuvieran técnica y administrativamente la tranquilidad de que eso se podía hacer, yo diría conservador, detallista, bastante meticuloso y por lo tanto

también cuidadoso de su rol, ya como supervisores no lo sé porque no me consta nunca lo viví, pero lo que uno veía era una relación muy normal entre una gerente y sus reportes, no veo nada particular que me marque un estilo gerencial que deba resaltar.”

Posteriormente al ser preguntada por la cercanía que había entre OCENSA y sus accionistas, con CITCOL, expresó:

“Claramente entre Ocesa y Citcol, es que Citcol era el Gerente de Ocesa y Enbridge siempre estaba presente en todo porque eran los gerentes, estaban responsables de la compañía, en ese orden de ideas la cercanía es indispensable, por lo menos así lo veo, en términos de los accionistas dependía del tema porque como les digo había muchas interacciones con accionistas por estar todos rodeados, todos en la misma zona y todos interesados en el mismo sistema de transporte y por ser nosotros también por otro lado y con otras compañías productores del crudo que se transporta por ese oleoducto.”

“Había interacción de alguna forma necesaria para el desarrollo de algunas operaciones, otras que por desarrollo y por estatutos Ocesa quería consultar o simplemente informar a sus accionistas de la forma como pretendía hacer las cosas”

En cuanto a la existencia de comités indicó que,

“... Ocesa tenía previstos unos comités que eran las oportunidades donde, cuando se ameritaba se le contaba y se informaba a los accionistas de ciertos temas puntuales, no todos, pero sí en ciertos temas puntuales, hay todavía un comité legal, había un comité financiero, probablemente era ahí donde lo miraban, pero no lo sé, eran comités de instancias más informativos al accionista que realmente de decisión misma porque a la larga se informaba al accionista, se oía su punto de vista, pero la decisión a la larga se terminaba tomando por la administración o por la junta directiva cuando realmente el tema excedía de la delegación que tenía la gerencia general de acuerdo con los estatutos.

(...).

“En ese orden de ideas sí siento que como se los he mencionado había una interacción en los temas que la administración convocada para tales efectos, siento que siempre fueron temas mucho más estratégicos y que llegaban a los accionistas ya cuando había un proceso muy largo de maduración al interior de la compañía por parte ya del fuero propio de Enbridge, pero hubo una interacción en los temas estratégicos y casi siempre temas de la delegación superaba aquello que la administración podía decidir e iban a Junta.”

“Como resultaba que en cambio la Junta también estaba conformada por representantes de las mismas compañías que resultaban ser los propietarios de los accionistas porque buscaban de alguna forma ambientar las conversaciones para que el miembro de Junta estuviera enterado de lo que estaba pasando y poder facilitar algunas conversaciones en Junta, pero todo esto obviamente liderado por la administración.”

Al ser preguntada por los integrantes de los Comités manifestó lo siguiente:

“Dependiendo del tema, dependía mucho del tema, en el comité financiero estaba el gerente financiero de Ocesa y los representantes financieros de los accionistas, en el comité legal íbamos los asesores y la gerente legal de Ocesa, en el comité operativo iba el secondee de Enbridge que era el gerente de operaciones y las personas que podían asesorar a los accionistas en la parte operativa, en algunos de ellos, dependiendo de la entidad del tema Susan iba, Susan estaba o el gerente, dependía mucho del tema y dependía también como de la entidad del asunto, pero usualmente siempre eran las más altas instancias de la administración de Ocesa incluyendo a los secundarios de Enbridge.”

Y más adelante precisó que se trataban asuntos *“estratégicos básicamente y que muy seguramente, la mayoría de ellos así fue, tenían que llegar a una decisión en Junta Directiva”*.

De otro lado el testigo Pedro Rosales quien, según manifestó, durante 10 u 11 años fue miembro de la Junta Directiva de Ocesa, también se refirió a estas materias. En particular, en cuanto a los temas tratados por la Junta Directiva expresó:

“Había una variedad de temas, principalmente había unos temas operativos donde se comentaba el desempeño de la compañía en aspectos de seguridad industrial, seguridad física, volúmenes transportados, ese era un capítulo operativo, habían unos temas de aprobaciones de contratos, compras que por su cuantía debían subir a la Junta, otros asuntos relacionados con aprobaciones de orden financiero, tanto para aprobar estados financieros como las asignaciones que correspondían por concepto de tarifas y otros aspectos relevantes para el negocio, también se veían temas relacionados con personal, la parte de desempeño de la administración, bonos por reconocimiento de logros y también se veían los temas que hablábamos de responsabilidad social empresarial, donaciones, aspectos legales y algunos temas puntuales en función de las condiciones del momento, pero en general una variedad de temas asociados al desempeño de la compañía, perspectivas hacia adelante y al aseguramiento del propósito social de la misma.”

Y al ser preguntado por la forma en que llegaban tales temas a la Junta Directiva de Ocesa, manifestó:

“En general ahí el pareto o la mayor cantidad de los temas que son llevados corresponden a iniciativas de la administración en desarrollo de lo que está establecido dentro de la sociedad, a su vez puntualmente se podía por parte de alguno de los directores requerir que se llevara algún tema en particular porque tenía interés específico en revisarlo y también existían algunos comités de Junta en los cuales eventualmente también se revisaban algunos de ellos y se recomendaban para ser llevados a la Junta como una revisión más detallada de lo que se podía hacer a nivel de la Junta cuando se llevaba el tema y como una validación previa más bien”.

En cuanto a los Comités de Junta señaló:

“Que recuerde en Ocesa depende de la época a la cual nos estemos refiriendo, en la constitución inicial de la sociedad tal vez había un comité que era el que se llamaba FARM que era el de financiero y de auditoría, no me acuerdo de qué más, ese funcionó como hasta el 2003 si no estoy mal, luego se definieron tres comités, se abrió el de financiero, auditoría y otro que era el de responsabilidad social empresarial al cual se llevaban temas de diversa índole asociados con esto (...) y posteriormente al Ecopetrol adquirir de Enbridge y de BP su participación accionaria, también hubo un nuevo cambio en la parte de los comités y se incluyeron un par de comités más y se hizo un ajuste ahí, no sé particularmente a cuál época quiera usted que me refiera.”

Y posteriormente añadió:

“En lo que a mí me correspondió que fue principalmente de 2004 hacia acá, funcionaban los tres comités que le mencionaba, el de auditoría, financiero y el de responsabilidad social empresarial que se reunían con la periodicidad que estaba establecida, no la tengo muy presente, pero creo que era trimestral la revisión de algunos temas, los de auditoría tal vez y responsabilidad social empresarial y el financiero se reunía con una mayor frecuencia, básicamente lo que se hacía allá era llevar los asuntos de la competencia de esos comités para revisar con las personas que habían sido designadas desde la Junta a mayor profundidad en los temas que después eran llevados para aprobación a la Junta Directiva.”

En cuanto a los miembros de los comités indicó que estaban integrados *“Por las personas que habían sido designadas desde la junta directiva, en algunas ocasiones eran directores y en algunas otras eran personas que tenían un conocimiento particular o que podían desarrollar el propósito de revisar a mayor profundidad los temas que allá se llevaban”.*

Y al ser preguntado si *“Los socios o accionistas tenían injerencia en el trabajo de esos comités”* manifestó lo siguiente:

“Son comités de Junta y como tal el direccionamiento era desde la Junta de la compañía, puntualmente sí se podía tener la posibilidad de solicitarle a esos comités que hicieran una revisión más detallada o con algún énfasis en algún aspecto que fuera de interés dependiendo de las circunstancias de la compañía en ese momento, por decir algo, si en un comité de responsabilidad social empresarial se identificaba que la problemática de seguridad industrial estaba desviada, eventualmente alguno de los socios decía, yo tengo alguna persona que tiene un conocimiento muy fuerte de ese tema y se vinculaba puntualmente a conversaciones sobre eso para tratar de darle un mejor apoyo al desarrollo de las actividades de ese comité, eventualmente sí se aprovechaba el conocimiento específico que pudiera haber de algunas personas para enriquecer la tarea de esos comités.”

Al responder a una pregunta referida a si *“en algún momento alguno de los socios se interesó en participar en los trabajos de esos comités en razón de su conocimiento, experiencia o fortaleza desde cualquier otro punto de vista en materia de pólizas, de contratación de seguros”*, indicó:

“Cuando usted me pregunta por los socios, realmente esa era una decisión no de los socios, sino de los directores, de nosotros en OcenSA, para la conformación de los comités y de la operación de ellos, quienes teníamos la posibilidad de recomendar, sugerir o comentar, éramos desde la Junta los directores, en ese sentido particularmente me pregunta usted sobre los seguros.”

Y añadió:

“Lo que sé es que el tema sí se llevaba a la Junta y la precisión de en qué ocasiones se determinaba que fuera un comité o no podría depender de dos condiciones, una, que el monto de aprobaciones requiriera de la Junta para lo cual normalmente se buscaba que hubiese una revisión de mayor detalle a nivel de comité o dos, que hubiese un cambio en las condiciones por las que se contrataba que significara la conveniencia de hacer un análisis mayor.

“Como tal no tengo la certeza de que todos los años fuese un tema que se llevara a un comité en particular, en ocasiones si se trataba de hacer simplemente una renovación de un contrato o algo eventualmente pudo no llevarse a algún comité, pero el detalle realmente no lo conozco.”

Y al ser preguntado acerca de su participación en *“alguna sesión de la Junta Directiva en el que se hubiera efectuado protestas o críticas a la contratación de seguros propuesta por la administración de OcenSA”* explicó lo siguiente:

“Recuerdo que en la Junta más bien se hacían sugerencias cuando se encontraba que había condiciones que se podían mejorar o buscar una mejor posición para la compañía y como tal recuerdo que en alguna ocasión se sugirió revisar puntualmente algunas de las propuestas que se llevó respecto al tema de seguros porque se consideró que se podía tener opciones diferentes, pero no como tal una protesta o una crítica relacionada con eso.”

De otra parte cuando se le preguntó por el señor Francisco Quijano, explicó que había sido en los años recientes, Gerente Financiero de Ocesa, y al indagársele si tenía responsabilidad sobre los temas de seguros, contestó:

“Sí, claro, desde la parte financiera tenía una mirada sobre eso”.

Ahora bien, como elemento adicional probatorio para el tema que se estudia, al expediente se allegaron actas de sesiones de la Junta Directiva y de Comités, documentos de los que el Tribunal resalta los siguientes:

- A folio 78 del cuaderno de pruebas No. 5 obra un Acta identificada con el número 82, correspondiente a la reunión de la Junta Directiva de Ocesa del 9 de diciembre de 2003, donde se aprobó la extensión del plazo de las pólizas de seguros Todo Riesgo y Responsabilidad Civil.

El texto allí consignado fue el siguiente: *“De conformidad con el material circulado previamente, la Junta de manera unánime aprobó la extensión de estas pólizas hasta por un plazo total de 18 meses, con lo cual se unificarán las fechas de vencimiento de las dos pólizas a 31 de julio de 2004”.*

- A folio 25 del cuaderno de pruebas No. 5 obra un documento del Comité FARM del 21 de mayo de 2004, donde aparece como parte de la agenda del mismo, la renovación de las pólizas del Paquete Energético.
- A folio 21 del cuaderno de pruebas No. 5 obra un documento del Comité FARM de fecha 22 de julio de 2004, en el que bajo el título *“Para Aprobación”* se registra como tema *“Renovación pólizas todo riesgo y responsabilidad civil”* donde se analizó la renovación de seguros del *“Paquete Energético 2004 – 2005”*; allí se indican el plazo, el valor, el corredor en Londres, el corredor regional, el corredor en Colombia, y se destacan como ventajas, temas de ahorros y condiciones con relación a la vigencia anterior. Adicionalmente se consignó en este documento lo siguiente:

“El Comité FARM recomienda a la Junta Directiva aprobar la renovación de las pólizas de Todo Riesgo y Responsabilidad Civil, dentro del Plan Regional de Seguro de BP en las condiciones antes mencionadas.”

- A folio 80 del cuaderno de pruebas No. 5 (reverso), obra el Acta No. 86 *“Decisión Unánime de la Junta Directiva de Ocesa tomada por resolución escrita en lugar de reunión extraordinaria”*, en la que donde, a partir de comunicaciones aprobatorias recibidas ente el 26 y el 29 de julio de 2004, se aprobó la renovación de las pólizas de seguros *“Todo Riesgo y Responsabilidad Civil”*, de acuerdo con la recomendación hecha por el Comité Farm. En dicho documento se consignaron detalles específicos de la aprobación impartida, como son la cobertura para pólizas de *“propiedades”* y de *“responsabilidad civil”* con indicación de límites asegurados y deducibles, plazo, prima y corredores.
- A folio 82 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 5 obra copia del Acta No. 90 de la Reunión Ordinaria de la Junta Directiva de OCENSA de fecha 7 de diciembre de 2004, donde bajo el numeral No. 5 se estableció como parte de las funciones del Comité Financiero la de *“Revisar y recomendar todo lo relacionado con los seguros y las pólizas de la compañía (riesgos amparados, coberturas, excepciones y exclusiones, etc.)”*.
- A folio 89 (reverso) del Cuaderno de Pruebas No. 5 como tema tratado durante la sesión ordinaria de la Junta Directiva de OCENSA de fecha 6 de septiembre de 2005, cuya memoria se recogió en el Acta No. 99, bajo el numeral 7 aparece el relacionado con *“Gastos de Defensa de Administradores”* en cuyo desarrollo se dio cuenta de la *“cobertura con que cuenta actualmente la Compañía particularmente en materia de Gastos de Defensa bajo la póliza de Administradores y Directores”* y se autorizó *“a la administración para obtener en condiciones de mercado, las mejores condiciones de cobertura y particularmente ampliación de la suma asegurada para gastos de defensa de los administradores.”*
- A folio 91 del cuaderno de pruebas No. 5 obra copia del Acta No. 104 correspondiente a la Reunión Ordinaria de la Junta Directiva de OCENSA de fecha 13 de diciembre de 2005, donde bajo el numeral 11 se indicó lo siguiente:

“Previa presentación a la Junta de los antecedentes de esta contratación que básicamente cubre las pólizas de propiedad y responsabilidad civil, las cuales fueron contratadas para el último año y medio dentro del paquete energético de BP para Latinoamérica, la administración puso a consideración de la junta la renovación de estas pólizas dentro del mismo paquete, dados los beneficios que el mismo trae para la Compañía y anticipó que de acuerdo con las gestiones adelantada por los corredores de Seguros, estas pólizas pueden renovarse para un periodo de 18 meses con un incremento del 9%, en las mismas condiciones actuales salvo por un aumento del deducible

por polución en la póliza de responsabilidad civil de US\$100K a US\$250K.”

A renglón seguido se consignó la aprobación de la Junta a.

“la extensión de las pólizas mencionadas dentro del paquete de B.P. en los términos generales presentados, delegando al Comité Financiero la evaluación y aprobación de las condiciones más detalladas”.

- A folio 55 del cuaderno de pruebas No. 5 obra copia del Acta No. 134 *“Decisión unánime de la Junta Directiva de Ocesa tomada por resolución escrita en lugar de reunión extraordinaria”*, cuyas respuestas aprobatorias, según consta en el documento, llegaron entre el 27 de febrero y el 5 de marzo de 2007, donde se impartió la siguiente autorización:

“Autorización a la administración para que suscriba documentos, acuerdos o contratos que sean necesarios para obtener la desvinculación de las compañías aseguradoras que otorgaron la póliza D&O (Directores y Administradores) de todos los procesos originados o que puedan originarse en los hechos que dieron lugar a la demanda que cursa en Segovia, Antioquia en contra de Ocesa”.

- A folio 661 del cuaderno de pruebas No. 5 obra copia del acta del Comité Financiero del 4 de septiembre de 2008 en cuya agenda bajo el numeral 8 aparece el tema *“Seguros – Programa LARP”*, el cual fue objeto de desarrollo con el siguiente texto:

“La administración presenta los antecedentes y el status del Programa LARP, en donde después de un análisis de mercado efectuado con BP, Delima y Millennium se encontró conveniente efectuar una terminación anticipada y una nueva negociación con los reaseguradores para la vigencia desde el 1 de agosto de 2008 hasta el 31 de julio de 2009.”

En dicha reunión del comité Financiero el análisis del tema se concluyó con el siguiente texto:

“El Comité recomienda presentar el Programa LARP – Renovación de Seguros para aprobación de JD”.

El estudio detenido de los anteriores elementos probatorios allegados al expediente le permite al Tribunal llegar a las siguientes conclusiones:

- o Si bien OCENSA celebró con CITCOL el contrato identificado como “TSMA”, cuyo objeto ya fue analizado por el Tribunal en apartes anteriores de este Laudo, durante su ejecución, tanto en la primera etapa identificada por el Tribunal, que se

prolongó desde el inicio del contrato en el año de 1995 y hasta el 23 de diciembre de 2003, como en su segunda etapa del 24 de diciembre de 2003 hasta mayo de 2009 -fecha de terminación del contrato-, OCENSA fue activa administrativamente, y a través de sus Comités y de la misma Junta Directiva, adoptó decisiones y estuvo pendiente y vigilante del desarrollo de su objeto social.

- Adicionalmente, en cuanto al desarrollo mismo del contrato, como también fue señalado líneas atrás en esta providencia, se reservó importantes espacios de intervención en cuanto a las obligaciones que el Contrato puso en cabeza de CITCOL, intervención que en algunos aspectos implicaba, una coparticipación en la ejecución de las labores asignadas a CITCOL. Ello ocurría, entre otras, en materias tales como la aprobación y modificación por parte de OCENSA del Procedimiento Contable al que CITCOL debía sujetarse, por ejemplo en materia de contabilidad del combustible y compras; la aprobación de los estándares y procedimientos y, en particular, los Estándares y Procedimientos Ambientales y de Salud y Seguridad que debía cumplir la División de Operaciones en la ejecución del contrato; la determinación de los cargos que debían ser ocupados por el Personal Provisional, al igual que la aprobación, e inclusive instrucción de sustitución respecto las personas asignadas incluyendo el Jefe de Operaciones, así como de quienes le reportaran directamente a éste; la delegación de funciones al Jefe de Operaciones y en particular en materia de celebración de acuerdos relacionados con las actividades de la División de Operaciones a nombre del Propietario, la fijación de los límites en que ello podía suceder; la posibilidad de modificar el concepto de División Operativa, facultad que se consignó en la definición misma contenida en el Artículo Primero del TSMA, al igual que la posibilidad de modificar la organización de la citada División según se consignó en el Anexo 2 al Otrosí No. 2; la intervención en la definición de las *“políticas y procedimientos de la División de Operaciones”* según se previó bajo la Sección 3.3. del contrato.
- Todas estas facultades y posibilidades, previstas en el clausulado inicial del contrato y en las modificaciones introducidas posteriormente, implicaban procesos decisorios de OCENSA, le daban injerencia en la ejecución de las obligaciones a cargo de CITCOL, que en mayor o menor grado podían determinar e incidir en el cauce de la ejecución por parte de CITCOL.
- Dicha actividad se dio tanto en forma directa a través de la Junta Directiva, como a través de comités dedicados a diversos temas tales como financiero, legal, operativo, de auditoría, de responsabilidad social, cuyas funciones fueron determinadas por la Junta Directiva y sus integrantes, en su mayoría, representantes de los accionistas de OCENSA.
- Tal como lo indicó la testigo Luisa Fernanda Lafaurie, y lo corroboraron otros testigos y las mismas actas de los comités allegadas al expediente, tales comités

colaboraban con la administración. Especial relevancia en este punto tiene lo dicho por la testigo en mención al referirse al alcance de su participación en todos los comités, sobre lo que afirmó que se daba “*en lo que por mis conocimientos y mi trayectoria podía aportar en colaboración con la administración*”. No sobra destacar que cualquier recomendación de un Comité a la Junta Directiva presuponía un proceso decisorio adelantado en su seno, y era en tal escenario que la experiencia y conocimientos de la Presidente de la Junta directiva resultaba de utilidad. .

- Como prueba adicional de la intervención de los Comités en la administración, innumerables fueron las referencias testimoniales en el sentido de que tales órganos estudiaban los temas con mayor precisión, hacían sugerencias a la Junta Directiva, y que había interacción en temas estratégicos.
- En particular, en el tema de seguros al que se refiere el primer grupo de Pretensiones Principales, hay múltiples evidencias testimoniales y documentales que acreditan que, si bien fue objeto de mención en las funciones que en virtud del Otrosí No. 2 se adicionaron a cargo de CITCOL, la forma como las partes ejecutaron las actividades en esta materia fue en conjunto, con amplia y particular intervención tanto del Comité Financiero, como de la Junta Directiva, como ha quedado visto de la reseña incluida en este capítulo, realizada a partir de los documentos que se refirieron a este tema.
- En efecto ha quedado evidencia que en los comités y en la Junta Directiva se analizaban y estudiaban con toda precisión y detalle los aspectos fundamentales que incidían en la colocación de las pólizas de seguros, tales como la prima, la vigencia, la cobertura, el deducible, al igual que temas como el corredor local, el corredor en Londres, entre otros.
- En efecto, los documentos revisados muestran que la intervención de los Comités y de la Junta Directiva en este tema fue periódica y centrada en el análisis de coberturas, límites, deducibles y posterior aprobación para la adquisición de programas de seguros. Inclusive en un determinado periodo los contratos de seguro tuvieron condiciones iguales o similares a las de los contratos de seguro de uno de los accionistas de OCENSA, por lo que no resulta posible plantear que el tema de seguros fuera manejado en forma absoluta por CITCOL y que constituía una exclusiva responsabilidad a su cargo.
- Adicionalmente, a partir de la revisión hecha a las pruebas allegadas, no se evidenció inconformidad mayor de OCENSA en cuanto a la tarea de Citcol en materia de Seguros, lo cual resulta de importancia en la medida en que lo previsto en el Otrosí tuvo vigencia en un periodo de más de cinco años, y la ausencia de reparos querría decir que OCENSA estaba conforme con las tareas que adelantaba CITCOL en esta materia.

- Como elemento indicativo de lo anterior, se observa que en el Acta No. 108 correspondiente a la Reunión Ordinaria de la Junta Directiva de OCENSA de fecha 2 de marzo de 2006, obrante a folio 98 del cuaderno de pruebas No. 5, se encontró el siguiente texto: *“la Junta extendió su reconocimiento a la Administración por los resultados obtenidos”* en relación con el *“resultado favorable obtenido a raíz de la reclamación que se presentara con el objeto de recuperar los costos asociados al daño del Tanque 12010.”*

Las anteriores consideraciones llevan al Tribunal a concluir que, de acuerdo con la forma como las partes ejecutaron el contrato y por la interpretación que le dieron a la obligación expresada en términos generales y sin precisión de funciones específicas referida a *“Seguros y gestión integral de riesgos incluyendo el programa de seguros aprobado por la Junta Directiva”*, que fue incluida dentro de las funciones adicionales contempladas a cargo de CITCOL en el Otrosí No. 2, no puede concluirse que la obligación tenía el alcance que se le ha querido dar en virtud de la demanda arbitral.

En efecto, el tema referido a los seguros se desarrolló mediante una labor conjunta en la que, tanto CITCOL en su condición de operador, como la Junta Directiva de la sociedad en su condición de Administrador del ente societario, y el Comité Financiero con la participación de los delegados de los accionistas, en su condición de órgano asesor, evaluaron alternativas, y tomaron las decisiones correspondientes que llevaron a que se suscribieran las pólizas que consideraron necesarias, con los valores que estimaron adecuados y por los periodos que en su concepto eran procedentes. Lo anterior lleva a concluir que no es viable afirmar que CITCOL tenía la obligación de tomar las pólizas de seguro necesarias y con valor asegurado suficiente, para asegurar la responsabilidad civil extracontractual de OCENSA por los riesgos previsible asociados a la operación y mantenimiento del oleoducto.

Especial relevancia adquiere en esta materia el hecho acreditado dentro del presente trámite arbitral en el sentido de que, en diversas oportunidades, las decisiones de tomar pólizas de seguro fueron adoptadas por la Junta Directiva de la sociedad, destacando además que no se evidenció reparo ni requerimiento alguno a un incumplimiento de CITCOL en esta trascendental materia.

Acreditado lo anterior, el Tribunal dará aplicación a lo previsto en el artículo 1618 del C.C., según el cual *“Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”* y en tal virtud habrá de desestimar la pretensión primera del primer grupo de pretensiones principales y con ello tampoco tendrán prosperidad las pretensiones segunda y tercera de este primer grupo, que tienen que ver con el incumplimiento por parte de Citcol de una obligación que, como ha quedado visto, no estaba en cabeza suya.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de la pretensión tercera, por la forma general en que fue planteada, el Tribunal encuentra que no fue probada y así lo declarará en la parte resolutive del Laudo.

Y en este último aspecto, vale la pena mencionar que no hubo en el expediente actividad probatoria tendiente a demostrar inexistencia de coberturas para amparar a OCENSA en cuanto a riesgos previsibles en materia de responsabilidad civil, o de valores asegurados insuficientes, lo que confirma que las pretensiones de este primer grupo de pretensiones no pueden tener prosperidad.

4.6 El segundo grupo de pretensiones principales

Las pretensiones del segundo grupo, respecto de las cuales el Tribunal se declaró competente, se refieren a responsabilidades a cargo de CITCOL en diferentes escenarios que el Tribunal procede a analizar a continuación, y cuyo tenor literal es el siguiente: .

“Primera: Que se declare que CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación está obligada a indemnizar a OCENSA por todos los perjuicios que sufra, derivados del incumplimiento del TSMA, por parte de la primera, a título de culpa grave o dolo”.

(...)

“Cuarta: Que se declare que, de conformidad con el TSMA, las actuaciones y omisiones ejecutadas durante la vigencia del TSMA por OCENSA, que causaron o causen perjuicios a terceros imputables a título de culpa grave o dolo, constituyen incumplimientos del TSMA por parte de CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, también imputables a ésta última a título de culpa grave o dolo”. No

“Subsidiaria a la pretensión anterior: Que se declare que las actuaciones y omisiones, ejecutadas durante la vigencia del TSMA, que causaron o causen perjuicios a terceros que le sean imputables a OCENSA a título de culpa grave o dolo constituyen incumplimientos del TSMA imputables a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación a título de culpa grave o dolo”.

En la reforma de la demanda el apoderado de OCENSA presenta un capítulo en el cual expone la supuesta obligación de CITCOL respecto de OCENSA, de indemnizarla por los daños que pudiera sufrir en la ejecución del TSMA, responsabilidad que manifiesta perdura aún después de la terminación del mencionado contrato. En síntesis, los presupuestos fácticos en que se apoya esta pretensión son los siguientes:

Expone inicialmente el apoderado de la convocante, en el capítulo que denominó *Antecedentes*, que OCENSA suscribió el TSMA con el fin de “*entregar a Citcol la Operación del Oleoducto*”, lo cual incluye “*la contratación, permanencia, despido y*

desarrollo profesional del personal de la División de Operaciones, la contabilidad de Ocesa, la implementación de los contratos de transporte, de acceso, así como de los demás contratos que fueran suscritos por Ocesa en relación con las actividades de la División de Operaciones, la organización del transporte de crudo a través del Oleoducto, así como la inspección, mantenimiento y operación de todas las áreas del Oleoducto”.

Se afirma que las obligaciones y responsabilidades de Citcol quedaron plasmadas en la Sección Tercera del TSMA, dentro de las cuales estaba *“designar al Propietario los empleados de CITCOL que cuenten con la experiencia y las habilidades necesarias para ocupar los cargos de Jefe de Operaciones, así como los demás cargos que deban ser ocupados por el Personal Provisional...”*.

Dicho Jefe de Operaciones, además de actuar como representante legal de Ocesa, debía, entre otros: *“(i) Designar al personal de la División de Operaciones, (ii) Asegurar que la División de Operaciones realizara sus labores en cumplimiento de los estándares de operación establecidos en el TSMA, y (iii) Celebrar contratos en nombre de Ocesa relacionados con las actividades de la División de Operaciones”*.

Agrega el convocante que según la Sección 2.2. del TSMA, CITCOL debía garantizar que las actividades de la División de Operaciones cumplieran con *“todas las leyes, estatutos, ordenanzas, códigos estatutarios, y regulaciones ambientales vigentes”* expedidas por las autoridades colombianas, y que sus actuaciones debían regirse *“por el nivel de rendimiento generalmente aplicado por operadores experimentados y prudentes en los oleoductos de Canadá y Estados Unidos”* y dar cumplimiento a los procedimientos y estándares ambientales y de salud y seguridad de la industria del petróleo en los mismos países. En razón de lo anterior Citcol debía *“ejecutar los deberes y responsabilidades derivados del TSMA, con unos estándares de diligencia superiores a los exigidos al común de la industria del transporte de crudo a través de oleoductos”* y, en particular, se pactó que sería responsable *“de todas las acciones y omisiones del Jefe de Operaciones y de los demás empleados de la División de Operaciones”*.

Enseguida enuncia las funciones de la División de Operaciones recogidas en la Sección 3.3 del TSMA, que resumió así: (i) *... designar al personal de la División de Operaciones y tomar las decisiones relativas a su contratación, permanencia, despido y desarrollo profesional. (ii) Establecer la escala de remuneración de la División de Operaciones. (iii) Encargarse de la contabilidad de Ocesa, (iv) Ser responsable de la implementación de los contratos de transporte, de acceso, así como de los demás contratos que fueran suscritos por Ocesa en relación con las actividades de la División de Operaciones. (v) Encargarse de las relaciones del Oleoducto con la comunidad y las autoridades colombianas que estuvieran involucradas en la operación del mismo. (vi) Tomar las medidas necesarias para el mejoramiento continuo de la Operación del Oleoducto y para evitar acciones vandálicas, robos y emergencias. ... (vii) Preparación y divulgación de*

procedimientos y estándares en materia ambiental, de salud y de seguridad, asegurar su cumplimiento, (viii) Administrar e implementar las tarifas, realizar una administración bancaria sana y la medición y facturación del crudo. (ix) Preparar y divulgar manuales de operación y mantenimiento del Oleoducto, (x) Administrar los procedimientos de adquisición y compra de materiales y suministros necesarios para la operación del Oleoducto. (xi) Organizar el transporte de crudo a través del Oleoducto, ..., y (xii) Realizar la inspección, mantenimiento y operación de todas las áreas del Oleoducto, ejecutar la función de respuesta de emergencia del Oleoducto y notificar con prontitud las emergencias”.

De acuerdo con lo anterior, expone la parte convocante que CITCOL era la encargada de realizar todas las labores encaminadas a que la Operación del Oleoducto y OCENSA funcionaran correctamente durante la vigencia del Contrato, así como de tomar las medidas tendientes a preservar la seguridad e integridad del Oleoducto y a evitar que se presentaran accidentes o emergencias durante la operación del mismo.

Manifiesta que con la suscripción de 7 otrosíes al TSMA se precisaron temas relacionados con *“los deberes y responsabilidades de Citcol, la vigencia del TSMA, la remuneración del personal de Citcol asignado a las labores de Ocesa, los objetivos que debían alcanzarse con la Operación del Oleoducto y el plan de incentivos”*. Y señala que en virtud del Otrosí 2 se complementaron las labores que debían ser ejecutadas por Citcol incluidas *“todas las funciones administrativas complementarias que eran necesarias para el funcionamiento de Ocesa y del Oleoducto”*, funciones que mantuvieron su vigencia hasta el 20 de mayo de 2009, fecha de la terminación del TSMA.

Alega la convocante que Citcol es responsable de pagar a OCENSA cualquier suma que ésta se vea en la obligación de pagar a terceros como consecuencia de condenas, obligación que comprende *“de un lado, la obligación de indemnizar a Ocesa por cualquier condena impuesta en contra de ésta por actos dolosos o gravemente culposos, y de otro lado, la obligación de indemnizar a Ocesa por condenas impuestas en contra de ésta por daños no asegurados causados como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa o por la ejecución de actos culposos dado que Citcol estaba en la obligación de obtener las pólizas de seguros para amparar dichos riesgos”*.

En capítulo que denominó *Responsabilidad Citcol*, manifiesta Ocesa que la convocada se obligó indemnizar a Ocesa por cualquier reclamación que pueda presentarse producto de los actos ejecutados por Citcol con culpa grave o dolo, obligación que extrae de lo dispuesto en el literal (b) de la cláusula 7.3. del TSMA, según la cual ésta *“será responsable ante las Partes del Propietario de toda reclamación que pueda llegar a presentarse en contra de las anteriores o que alguna de las Partes del Propietario pueda sufrir, soportar, pagar o incurrir, producto de*

negligencia culposa (culpa grave) o conducta dolosa (dolo) de alguna de las Partes de CITCOL, ...”

Señala OCENSA que la obligación de indemnizar a cargo de CITCOL continúa inclusive con posterioridad a la terminación del TSMA, tal como lo dispone la Sección 9.9. del mismo.

En la contestación de la demanda reformada el apoderado de CITCOL se refiere expresamente a cada uno de los hechos en que OCENSA se apoya y, en términos generales, afirma que según los documentos de constitución el propósito de OCENSA fue el de *“adquirir, desarrollar, construir, financiar, completar, tener y operar el Oleoducto Central”* y que no es cierto que el operador del Oleoducto fuera CITCOL sino que *“...era y sigue siendo OCENSA”*, pues la primera sólo *“prestó servicios técnicos y gerenciales a OCENSA”*, de conformidad con el TSMA, en donde se plasmaron las obligaciones y responsabilidades a cargo de CITCOL.

En cuanto a lo afirmado sobre la asignación al Propietario de los empleados de CITCOL para el cargo de Jefe de Operaciones de OCENSA, *“así como los demás cargos que deban ser ocupados por el Personal Provisional”* dijo atenerse al aparte correspondiente del TSMA y agregó que en la designación del Gerente de Operaciones *“solo intervenía de manera exclusiva OCENSA, a través de su Junta Directiva y Citcol”*.

Resalta la Convocada que las funciones del Gerente de Operaciones se describen en la Sección 2.2 y enfatiza que la *“suscripción de contratos como representante legal de OCENSA lo hacía dentro de los límites fijados por su Junta Directiva, bajo las directrices de los diferentes comités establecidos en la empresa, y reportando al Presidente de la Compañía todos los asuntos de manera permanente”*.

Respecto de la remisión a la Sección 3.1 que señala que *“Citcol sería responsable de todas las acciones y omisiones del Jefe de Operaciones y de los demás empleados de la División de Operaciones”*, el apoderado de la convocada afirma que ello no es cierto, dado que bajo el artículo 7, el Propietario exoneró a Citcol de toda responsabilidad, *“salvo aquella que se relacione con reclamos que surjan de la culpa grave o el dolo de cualquiera de las partes Citcol”*.

Se atiene al tenor de la Sección 3.3 del TSMA donde se establecieron las funciones de la División de Operaciones, las cuales niega que estuvieran a cargo de Enbridge, a través de Citcol. Agrega que las actuaciones de Citcol *“siempre estuvieron sometidas a las condiciones del TSMA y a la aprobación de las mismas por parte de Junta Directiva de OCENSA. Las actuaciones de Citcol fueron estudiadas previamente por los Comités establecidos por la Junta Directiva de OcenSA, incluyendo el comité financiero-administrativo y manejo de riesgos (FARM COMMITTEE)”*

Niega que Citcol tuviera obligaciones respecto de la preservación de *“la seguridad e integridad del Oleoducto y a evitar que se presentaran accidentes o emergencias durante la Operación del mismo.”*

Acepta el hecho de la suscripción de los otrosíes pero precisa su objeto y alcance. Niega que en virtud del Otrosí 2 Citcol se hubiera encargado de *“todas las actividades operativas y administrativas necesarias para la operación del Oleoducto y, en general, para el funcionamiento de OCENSA”*, pues dice que *“Citcol no tenía a su cargo la operación del oleoducto. Esa responsabilidad era de su propietario”*.

Niega que Citcol deba *“pagar a OCENSA cualquier suma que OCENSA se vea en la obligación de pagar a terceros como consecuencia de condenas”*, pues *“la responsabilidad de OCENSA por sus actos y omisiones generadoras de daños a terceros, es directa y a Citcol no le cabe ninguna responsabilidad en la materia”*.

Precisa que la obligación de indemnidad de Citcol es la señalada en la Sección 7.3 del TSMA, donde supuestamente *“la única acción procedente del Propietario - OCENSA- con relación a la ejecución (o incumplimiento en la ejecución) de las Partes CITCOL o de la División de Operaciones”* era el ejercicio del derecho de terminación previsto en la Sección 8.2.

4.7. Consideraciones del Tribunal

Para efectos de establecer si la parte convocada está obligada, de manera general, a indemnizar a OCENSA por todos los perjuicios que sufra, derivados del incumplimiento del TSMA, por parte de la primera, a título de culpa grave o dolo, es necesario que el Tribunal establezca las fuentes contractuales de esta supuesta obligación.

Como se ha mencionado a lo largo de esta providencia, el 31 de marzo de 1995 Ocesa y Citcol celebraron un negocio que denominaron *“Contrato de Servicios Técnicos y Administración”* en virtud del cual según la Sección 2.1. Citcol se comprometió a suministrar al Propietario *“los Servicios”* definidos en el artículo Primero así:

*“**‘Servicios’** se refiere al suministro por parte de CITCOL de su experiencia, habilidades administrativas y mano de obra, a la División de Operaciones de conformidad con los Artículos Segundo y Tercero del presente, así como al aporte de propiedad intelectual y el Know How de conformidad con el Artículo Cuarto del presente.”²⁹ (Se destaca)*

Sobre lo que debe entenderse por División de Operaciones, en el artículo Primero del TSMA se definió:

²⁹ Folio 60 Cuaderno de Pruebas No. 1

*“**División de Operaciones**’ se refiere a la división operativa del Propietario que se indica en el Anexo D del presente conforme la modifique cada cierto tiempo la Junta Directiva, la cual está compuesta por el Jefe de Operaciones, el Personal Provisional y los demás empleados del Propietario que reporten directa o indirectamente al Jefe de Operaciones.”*

El Anexo D que aparece en el expediente es un cuadro conceptual de la División de Operaciones³⁰, donde se relacionan 6 funciones a cargo del “*General Manager*”, así:

Operaciones y mantenimiento de Instalaciones
Logística y Relaciones con los Clientes
Ingeniería y Tecnología
Recursos Humanos y Administración
Contabilidad
Seguridad y Relaciones con los Gobiernos Locales

Adicionalmente se detallan las funciones específicas de cada área, y al final del cuadro se advierte que ese anexo es sólo para fines ilustrativos y que las funciones y posiciones indicadas podían ser modificados por la Junta Directiva en cualquier tiempo.

En el artículo Tercero del contrato se consignaron las Responsabilidades y Obligaciones de Citcol, del Jefe de Operaciones y de la División de Operaciones, así:

En la Sección 3.1. se estableció que Citcol debía asignar al Propietario los empleados de CITCOL que contaran con la experiencia y habilidades necesarias (el “*personal Provisional*”) “*para ocupar los cargos de Jefe de Operaciones, así como los demás cargos que deban ser ocupados por el Personal Provisional que se especifica en el anexo D, conforme lo determine la Junta Directiva cada cierto tiempo*”.

Se indica además que la designación tanto del Jefe de Operaciones como de las demás personas que debían reportarle a aquel estaba sujeta a la aprobación de la Junta Directiva, que además podía ordenar su sustitución cuando lo estimara conveniente.

También se determina que todas las personas que se designaran como Personal Provisional seguirían siendo empleados de Citcol “*pero se desempeñarán dentro de la División de Operaciones como si fueran empleados del Propietario*”.

Finalmente se advierte que Citcol se responsabilizaría “*de todas las acciones y omisiones del Jefe de Operaciones y de los demás empleados de la División de Operaciones*”. (se destaca).

³⁰ Folio 94, la versión en inglés aparece a folio 42 Cuaderno de Pruebas No. 1

En la Sección 3.2 se establecen las funciones del Jefe de Operaciones y en la Sección 3.3 las funciones de la División de Operaciones, las cuales fueron adicionadas mediante el Otrosí N° 2, como ha quedado visto ya en este Laudo.

El artículo Cuarto del TSMA se ocupa de *Propiedad Intelectual y Know How*, donde se indica que *“CITCOL deberá encargarse de obtener, para ser utilizados en la prestación de los Servicios de conformidad con el nivel que se contempla en el presente contrato, y así mismo poner a disposición de la División de Operaciones aquellos procesos, inventos, derechos patentados, propiedad intelectual y know how relacionados con las operaciones del oleoducto que se encuentren en poder de cualquiera de las Filiales de CITCOL”*

Según lo expuesto hasta ahora CITCOL se obligó por el TSMA a proveer mano de obra calificada a la División de Operaciones de OCENSA, a suministrar experiencia y habilidades administrativas a dicha división y aportar su propiedad intelectual y el Know How, todo lo cual quedó enmarcado dentro del concepto de *“los Servicios”*.

Las partes igualmente precisaron en el contrato que la prestación de los Servicios debía cumplirse de acuerdo a determinados estándares de eficiencia y calidad, al pactar en la Sección 2.2. que Citcol debía garantizar que las actividades de la División de Operaciones cumplieran *“con todas las leyes, estatutos, ordenanzas, códigos estatutarios y Regulaciones Ambientales vigentes de las autoridades Colombianas, así como con los estándares y procedimientos que apruebe el Propietario cada cierto tiempo, incluyendo el Procedimiento Contable, así como los estándares y procedimientos ambientales y de Salud y Seguridad”*.

Acordaron igualmente la partes que *“el nivel de rendimiento que establezca la División de Operaciones será aquel que generalmente apliquen los operadores experimentados y prudentes para las operaciones de oleoductos en Canadá y Estados Unidos de Norteamérica”*

Según la Sección 2.2. Citcol se comprometió a que las actividades de la División de Operaciones cumplieran con la legislación colombiana aplicable y los procedimientos aprobados por el Propietario, y que los niveles de rendimiento debían asemejarse al de los operadores prudentes de oleoductos en Canadá y Estados Unidos de Norteamérica. Estos dos aspectos eran de gran trascendencia en el contrato, pues con base en el cumplimiento de ellos se determinaba la remuneración total de Citcol, según lo establecido en el artículo Quinto del TSMA y Anexo B de dicho contrato.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, en el TSMA y los Otrosíes que lo complementaron se definieron los Servicios que se comprometió Citcol a suministrar al Propietario, dentro de los que estaba la asignación de sus empleados para ocupar en OcenSA, principalmente, el cargo de Jefe de Operaciones, el cargo más alto en la División de Operaciones³¹, así como el del Personal Provisional responsable de las

³¹ Definición que trae el artículo Primero del TSMA

actividades de dicha División; también se definieron las funciones tanto del Jefe de Operaciones como de la División de Operaciones, cuyas actividades debían cumplirse con sujeción a la ley y acatando las directrices de la Junta Directiva del Propietario y con altos niveles de rendimiento. Según la Sección 3.1. Citcol contractualmente se responsabilizó “*de todas las acciones y omisiones del Jefe de Operaciones y de los demás empleados de la División de Operaciones*”, con lo cual se podría concluir inicialmente que el incumplimiento de las funciones a su cargo por parte del Jefe de Operaciones o de los demás empleados de dicha división sería responsabilidad de Citcol.

En capítulos anteriores de este Laudo el Tribunal se detuvo a revisar en detalle las obligaciones que el TSMA impuso a Citcol y, adicionalmente, identificó determinadas obligaciones respecto de las cuales Ocesa, principalmente a través de su Junta Directiva, se reservó participación.

Asimismo, en el capítulo referido al primer grupo de pretensiones principales se dejó claramente establecido que de acuerdo con la evidencia allegada al expediente, no obstante las funciones que se encontraban en cabeza de Citcol, Ocesa, a través de diversos comités designados por la Junta Directiva y a través de decisiones de la misma Junta, participó e intervino en algunas actividades, de manera tal que no puede decirse, como lo hace la convocante, que todas las actividades asociadas a la operación del oleoducto y a la administración de Ocesa estaban en cabeza de Citcol.

En efecto, tal como se vio ya en este Laudo, las diversas declaraciones de testigos que concurren ante el Tribunal fueron coincidentes en expresar cómo en diversos temas de la operación del oleoducto los comités estudiaban, analizaban y presentaban propuestas a la Junta Directiva para su aprobación.

En tales comités, según quedó probado, participaban a más de empleados de Ocesa y de Citcol, delegados de los distintos accionistas de la sociedad, que de esta manera mantenían un estrecho vínculo con la ejecución del TSMA, y en algunos temas particulares, tenían especial injerencia. No sobra recordar en este punto que según lo narraron los testigos, el muy amplio espectro de temas que se trataban en los comités, que estudiaban, según la especialidad para la cual habían sido creados, temas financieros, legales, de responsabilidad social y asuntos operativos, los cuales no habrían tenido razón de ser si el manejo operativo del oleoducto y el administrativo de la sociedad hubiesen estado en un ciento por ciento en cabeza de Citcol. Para el Tribunal, como ya se dijo, la presentación de propuestas y sugerencias por parte de los Comités con destino a la Junta Directiva, de suyo implicaba un proceso decisorio que se llevaba a cabo en los citados Comités.

Y en este punto resulta relevante una afirmación de la testigo Luisa Fernanda Lafaurie, presidente de la Junta Directiva de la sociedad y miembro de todos los Comités, quien al referirse a las funciones de tales órganos indicó que a estos se

llevaban asuntos de competencia de cada uno, para revisar con mayor profundidad los temas, y en referencia expresa al Comité Financiero manifestó que a éste

“iba primero la depuración de los presupuestos, el análisis de los presupuestos, que era lo que le daba la garantía a los socios porque el mecanismo de Ocesa es que básicamente todo del costo del presupuesto lo pagan los ... en la tarifa, un poco la responsabilidad del operador era gastar, no controlar de cierta manera.”

El aparte citado demuestra cómo en concepto de una importante funcionaria de Ocesa, el tema del control del gasto era tarea del mencionado Comité Financiero por cuanto no debía atenderlo el operador por no ser su responsabilidad, lo cual no tendría sentido si el operador Citcol fuese absoluto administrador de Ocesa.

Como soporte de los anteriores planteamientos y sustento de la actividad desplegada por la Junta Directiva de Ocesa y por los Comités, en materia operativas y administrativas del oleoducto y de la sociedad, basta revisar las actas tanto de la Junta Directiva como del Comité Financiero allegadas al expediente, donde se evidencia la amplitud de los temas debatidos y respecto de los cuales se adoptaban decisiones.

Un ejemplo de lo anterior lo constituyó el manejo dado a la adquisición de pólizas de seguros, asunto en el que, como quedó acreditado, hubo amplia participación de Ocesa, como quiera que era a través de su Comité Financiero que se estudiaba el tema y posteriormente las decisiones sobre las pólizas a adquirir eran adoptadas por la Junta Directiva de la sociedad.

Otros temas también merecieron la especial atención de la Junta de Ocesa como órgano de administración de la sociedad, entre ellos, reportes del Comité de Operaciones, un contrato de interventoría, asuntos de presupuesto, manejo de caja y renovación de seguros, contabilidad administrativa, gestión humana, un contrato de suministro de gas, el puerto público, la evaluación de la gestión de Gerentes, la contratación de una asesoría para la ampliación de capacidad³², el suministro de embarcaciones, el arrendamiento de oficinas para Bogotá, un descargadero de carrotanques en Cusiana.³³

A su vez el Comité Financiero tenía también importante actividad y en su seno se trataban temas como seguros, precios de transferencia, asuntos legales, costos de operación de los campos, asuntos de presupuesto³⁴, costo neto por shipper, cierres de facturación, impuestos³⁵ entre otros.

³² Folios 41 a 47 del Cuaderno de Pruebas No.5

³³ Folios 51 a 54 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

³⁴ Folios 26 a 31 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

³⁵ Folios 34 a 37 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que durante el término de ejecución del TSMA, se generaron obligaciones a cargo de Citcol, que éste ejecutó, pero simultáneamente, también había actividades que estaban en cabeza de Ocesa y que ésta llevaba a cabo, bien porque así lo previó el contrato mismo, bien porque su Junta Directiva o sus accionistas entendían que esta era la forma adecuada de actuar.

No puede entonces decirse como lo plantea la Convocante, que bajo un escenario en el que Ocesa no tenía ninguna intervención, era Citcol exclusivamente el encargado de la operación del oleoducto y de la administración de la sociedad, pues los documentos allegados al expediente no demuestran esta afirmación.

En efecto, ha quedado acreditado que en determinados temas la actuación de Citcol era autónoma, en desarrollo de las obligaciones adquiridas en virtud del TSMA, pero también se demostró que en otros asuntos, las partes interactuaban, y en tal actividad participaban inclusive en forma directa los accionistas de Ocesa a través de representantes asignados para tales efectos.

Ahora bien, en materia de la responsabilidad que se encontraba a cargo de Citcol, tema al que se refieren las pretensiones que en este capítulo se analizan, el artículo Séptimo del TSMA denominado “*Exoneración, Indemnización y Seguros*”, en los literales (b) y (c) de la Sección 7.3, sobre la obligación de CITCOL de indemnizar al Propietario, se estableció:

“Sección 7.3 Indemnización por parte de CITCOL.

CITCOL:

(...)

(b) será responsable ante las Partes del Propietario de toda reclamación que pueda llegar a presentarse en contra de las anteriores o que alguna de las Partes del Propietario pueda sufrir, soportar, pagar o incurrir, producto de negligencia culposa (culpa grave) o conducta dolosa (dolo) de alguna de las Partes de CITCOL, e

(c) indemnizará a las Partes del Propietario frente y contra todas las Reclamaciones que llegaren a presentar las Partes mencionadas,

(...)³⁶

Según la Sección 7.1. por “*Partes de Citcol*” debe entenderse “*a CITCOL y a sus Subsidiarias, así como también a sus respectivos accionistas, directores, funcionarios, empleados (incluyendo Personal Provisional) y agentes*”. Y el concepto de Reclamaciones comprende: “*las reclamaciones, demandas, demandas judiciales, acciones legales, daños, costos, pérdidas y gastos de toda naturaleza, incluyendo honorarios y costos legales razonables de abogados*”.

³⁶ Folio 68 Cuaderno de Pruebas No. 1

Complementado lo dicho anteriormente, la responsabilidad asumida por Citcol según la Sección 3.1. en conjunto con lo previsto en la Sección 7.3, está condicionada a que las reclamaciones que se presenten en contra del Propietario obedezcan, se originen o sean producto de acciones u omisiones realizadas con “*negligencia culposa (culpa grave) o conducta dolosa (dolo) de alguna de las Partes de CITCOL*” en la ejecución del contrato. Dicho de otra manera, Citcol es responsable de todas las acciones y omisiones del Jefe de Operaciones y de los demás empleados de la División de Operaciones ejecutadas en desarrollo del Contrato, cuando éstas sean producto de negligencia culposa o de una conducta dolosa de tales funcionarios. La anterior es la previsión contractual teórica que hicieron las partes sobre la responsabilidad de CITCOL en la ejecución del TSMA, respecto de lo cual el Tribunal se limita a reconocer su existencia, en los términos de lo pactado.

Ahora bien, en los hechos de la demanda el apoderado de la convocante, en el capítulo que denominó *Reclamaciones a OcenSA*, manifiesta que su poderdante es objeto de “*reclamaciones judiciales y extrajudiciales derivadas de hechos relacionados con los aspectos relativos al funcionamiento del Oleoducto, y del funcionamiento de OCENSA, durante la vigencia del TSMA*”, reclamaciones con las que se busca que responda “*respecto del funcionamiento del Oleoducto y de OcenSA por actos culposos, gravemente culposos, dolosos y por responsabilidad derivada del ejercicio de una actividad peligrosa*”, y que se le condene a “*pagar la indemnización de perjuicios a que haya lugar, por los daños que se hayan causado con las conductas que se le imputan*”.

Advierte el convocante que “*Es posible que aún no se hayan presentado todas las reclamaciones por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA y que se presenten en el futuro*”.

Enseguida se enlistan los fundamentos de las reclamaciones presentadas, tales como que: “*i. No se implementaron las medidas de seguridad necesarias para evitar que grupos al margen de la ley atentaran contra el Oleoducto. ii. No se dio cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental y de Contingencias. iii. No se efectuó un mantenimiento adecuado al Oleoducto. iv. Se incumplió la normatividad ambiental dispuesta por las autoridades colombianas, y v. Se han presentado derrames de crudo por factores antrópicos y naturales atribuibles a errores en la operación del Oleoducto*”.

En este punto desde ya advierte el Tribunal que no obstante la enumeración de tales cargos cuya supuesta inclusión en demandas judiciales y extrajudiciales, con excepción de un caso -que tan solo fue objeto de mención, no de prueba-, no fueron ni siquiera identificadas, no hubo en el curso del proceso actividad probatoria tendiente a demostrar que éstos serían una responsabilidad de Citcol.

No obstante lo anterior, afirma el Convocante que las reclamaciones consisten en “*(i) la imputación de daños por actos dolosos o gravemente culposos y/o (ii) la*

imputación de daños por actos culposos o derivados del ejercicio de una actividad peligrosa”, y advierte que si bien aún no se ha proferido una sentencia judicial en firme en torno a las reclamaciones referidas, con la demanda arbitral se pretende de forma general que se declare la responsabilidad de Citcol “por cualquier condena en contra de Ocesa en virtud de los procesos mencionados anteriormente y la indemnización a Ocesa por las condenas y por los gastos del proceso y los honorarios razonables de abogados”.

Adicionalmente resulta importante reiterar que en repetidas oportunidades en el alegato de conclusión presentado por la Convocante se indicó que *“La demanda de Ocesa tiene la finalidad de que se declare que Citcol es responsable por hechos dolosos o gravemente culposos ocurridos durante la vigencia del TSMA en virtud de la ejecución de sus obligaciones como administrador y operador del oleoducto y de Ocesa. Como consecuencia de lo anterior, en el presente proceso no busca que se declare la responsabilidad de éste frente a hechos concretos sino la existencia misma de la obligación”.*

En la contestación de la demanda reformada se plantea que Citcol no tenía obligación de indemnidad a favor de Ocesa y, en general, frente a las Partes del Propietario, por condenas que tengan origen en una conducta dolosa o gravemente culposa de Ocesa, sino en condenas impuestas a OCENSA que *“surjan de la culpa grave o dolosa de cualquiera de las Partes Citcol.”*

Se añadió que Citcol no tiene responsabilidad por condenas impuestas frente a daños no asegurados como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, ni por la ejecución de actos culposos de Ocesa, ni frente a riesgos no amparados por las pólizas de seguro de Ocesa.

Citcol niega que en virtud del TSMA hubiera adquirido la obligación de indemnizar a la convocante *“por los daños que ésta sufra durante la ejecución del TSMA bajo ciertas condiciones”.*

Analizado el, acervo probatorio y los planteamientos de las partes, es claro para el Tribunal que la responsabilidad de Citcol y su obligación indemnizatoria frente a Ocesa, tal como fue plasmada en el Contrato, se refiere a acciones y/o omisiones en que la primera incurra en la ejecución de las funciones asumidas en virtud del TSMA, que sean atribuibles al Jefe de Operaciones de Ocesa o a la División de Operaciones y al representante legal en el periodo en que tal cargo fue desempeñado por un funcionario de Citcol, o a las de los funcionarios o empleados que esta hubiese contratado y que den origen a reclamaciones por actuaciones ejecutadas con culpa grave o dolo. .

Si bien tal como ha quedado dicho en apartes anteriores de este Laudo, en cabeza de Citcol había diversas funciones relacionadas con la operación del oleoducto y con la administración de la sociedad, y no obstante que el apoderado de Citcol dentro del

proceso ha pretendido demostrar que su representada era sólo un ejecutor de los mandatos de la Junta Directiva de Ocesa, es claro que la responsabilidad por la que debe responder Citcol, se centra en los daños que con sus acciones u omisiones imputables a título de culpa grave o dolo, en desarrollo del contrato cause.

Ello no implica que el Tribunal desconozca las estipulaciones contractuales referidas a la clase de Servicios contratados y a la responsabilidad asumida por Citcol frente a Ocesa por el cumplimiento de las funciones del Jefe de Operaciones y de la División de Operaciones, Servicios por los cuales Citcol recibía una importante contraprestación. Lo contrario sería tanto como aceptar que Citcol sólo actuaba como proveedor de empleados y nada más.

Sin embargo a partir de la forma en que se ejecutó el TSMA, su origen y la interdependencia entre las partes respecto de la ejecución de ciertas obligaciones, a más de su interrelación con terceros, ha de concluirse que para deprecar responsabilidad en cabeza de Citcol por una determinada acción u omisión habría que identificarla y determinar que estuvo a su cargo y que además en ella se incurrió con culpa grave o dolo. El análisis ante un cargo específico no puede ser distinto pues de un lado, ese fue el alcance de las estipulaciones contractuales acerca de la responsabilidad en cabeza de Citcol, y de otro, en la forma como se ejecutó el contrato, Ocesa intervino en algunos aspectos de su ejecución, intervención que le impondría responsabilidad por los daños que con sus actuaciones u omisiones se causen.

En este punto, y dada la importancia del tema, se reitera que más allá de la afirmación del apoderado de Ocesa sobre la existencia de varias reclamaciones en contra de su representada, al parecer por hechos que causaron daños a terceros, donde, según indica se imputa responsabilidad a Ocesa por actos que se afirma, fueron dolosos o gravemente culposos, así como por daños causados o derivados del ejercicio de una actividad peligrosa, afirmación ratificada por las declaraciones de algunos testigos, no se allegó al expediente prueba fehaciente de tales reclamaciones, ni de los actos que allí se imputan como dolosos, ni mucho menos de cómo tales actos son responsabilidad de Citcol.

En el expediente más allá de las menciones marginales y aisladas de algunos testigos a la demanda instaurada contra Ocesa por el caso de "Machuca", no se aportaron al proceso certificaciones judiciales sobre su existencia, ni se aportó copia de las propias demandas que le permitieran al Tribunal conocer en la forma procesal cuál es la naturaleza de las reclamaciones, cuántas se han instaurado, quién es la autoridad que conoce de ellas, los hechos que las motivan, el petitum de cada una de ellas, la intervención de Citcol en cuanto a tales hechos, las personas naturales o jurídicas vinculadas o el monto de las reclamaciones.

Igualmente el Tribunal desconoce si Citcol fue llamado en esos procesos a responder mediante la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía. En todo caso, de

estarse tramitando los procesos en contra de OCENSA por su responsabilidad extracontractual, como al decir de algunos testigos ocurre, considera el Tribunal que una responsabilidad en cabeza de Citcol por culpa grave o dolo, respecto de las acciones u omisiones generadoras de tales reclamaciones solo podría definirse a partir de la identificación particular de las mismas y de una actividad probatoria que lograra demostrar que fueron en efecto actuaciones u omisiones en las que incurrió Citcol con motivo de la ejecución del contrato y que las mismas fueron dolosas o con culpa grave.

En el caso de autos este Tribunal carece de elementos de juicio para establecer cuáles son en concreto los hechos que han dado origen a las reclamaciones que aparentemente algunos terceros han presentado en contra de OcenSA, razón por la cual mal podría hacer un juicio de responsabilidad sobre si tales actuaciones son imputables o no a Citcol para que deba indemnizar a aquella, menos aún cuando a la parte convocada, aunque pueda llegar a estar enterada de tales hechos de manera extraprocesal, no le han sido puestos en conocimiento en este trámite arbitral para que pueda ejercer su derecho de defensa.

Por lo expuesto, la definición que adoptará el Tribunal respecto de la Primera Pretensión del Segundo Grupo de Pretensiones Principales, sólo puede circunscribirse al marco contractual de donde emergen las estipulaciones relativas a la responsabilidad, a saber la Sección 7.3 del Artículo Séptimo del TSMA, y en tal virtud se declarará que prospera la Pretensión Primera del Segundo Grupo de Pretensiones Principales, pero se reitera, solo dentro del marco de lo establecido en el citado numeral 7.3.

No correrá la misma suerte la Pretensión Cuarta del mismo grupo de pretensiones donde se pide declarar que *“de conformidad con el TSMA, las actuaciones y omisiones ejecutadas durante la vigencia del TSMA por OCENSA, que causaron o causen perjuicios a terceros imputables a título de culpa grave o dolo, constituyen incumplimientos del TSMA por parte de CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, también imputables a ésta última a título de culpa grave o dolo”*.

El Tribunal considera que contractualmente Citcol no se hizo responsable de todas las actuaciones de OcenSA, sino que delimitó su responsabilidad a las actuaciones del Jefe de Operaciones o *Gerente General* como se le designó en el Otrosí N° 2 y los demás funcionarios de la División de Operaciones, siempre que las acciones u omisiones imputadas correspondieran a la ejecución del Contrato y se cometieran con o fueran producto de culpa grave o dolo. Si bien Citcol dirigía y ejecutaba las funciones administrativas en OcenSA, no por ello se le puede endilgar un incumplimiento que sea imputable a OcenSA, quien a su vez, como ha quedado visto, durante la época de ejecución del TSMA actuaba y ejecutaba un variado número de funciones y tareas. Trasladarle a Citcol en bloque y sin discriminación alguna la responsabilidad por todas las actuaciones de OcenSA no es viable, y no consulta ni el

espíritu del contrato ni lo pactado en el mismo. Por lo anterior, en la forma como fue planteada la pretensión en comento no puede prosperar.

Por las mismas razones la Pretensión Subsidiaria de la Pretensión Cuarta de este grupo de pretensiones, que poco difiere en su redacción y contenido de la anterior, tampoco prosperará, pues igualmente se solicita extender a Citcol la responsabilidad derivada de todas las actuaciones de Ocesa que causaren perjuicios a terceros imputables a ella, a título de culpa grave o dolo. En esta petición se olvida que según la Sección 3.1. del TSMA la responsabilidad de Citcol se limitaba, como se dijo antes, a las actuaciones del Jefe de Operaciones o *Gerente General* de Ocesa y los demás empleados de la División de Operaciones y, adicionalmente, que en desarrollo del Contrato, Ocesa también tuvo actividad, desarrolló importantes tareas e intervino con mayor o menor grado en aspectos que afectaban determinadas funciones de Citcol, a más de establecer, para la ejecución del contrato por parte de Citcol, el marco dentro del cual ellas debían atenderse.

4.8. Pretensiones de condena

En la demanda la Parte Convocante incluyó un capítulo de pretensiones de condena al que el Tribunal se refiere a continuación, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“DE CONDENA

Primera: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa leve o de actividades peligrosas y que no se encuentren cubiertos por una póliza de seguros.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa leve o de*

actividades peligrosas y que no se encuentren cubiertos por una póliza de seguros.

Segunda: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa grave o dolo.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA a título de culpa grave o dolo.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que como consecuencia de la prosperidad de todas, algunas o alguna de las pretensiones del segundo grupo de pretensiones principales, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o haya pagado, con ocasión de cualquier decisión proferida por una autoridad judicial, arbitral o administrativa, incluyendo todos los honorarios de abogados y demás costos de la defensa, que declare responsable a OCENSA por hechos ocurridos durante la vigencia del TSMA, que sean imputables a OCENSA.*

Tercera: *Que se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, , a pagar y/o reembolsar a OCENSA cualquier suma de dinero que se vea en la obligación de pagar, o que haya pagado, con ocasión de cualquier decisión judicial, arbitral o administrativa definitiva que se profiera durante el trámite del presente proceso, o con anterioridad a este, y que se enmarque en el supuesto de hecho de cualquiera de las pretensiones de condena anteriores, para cuyos efectos el Tribunal determinará si la responsabilidad de las convocadas es a título de culpa grave o dolo.*

Cuarta: *Que se como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, se condene a CIT COLOMBIANA S.A. en Liquidación, a realizar provisiones contables para garantizar los pagos que se deriven de*

las pretensiones de condena anteriores, aplicando para el efecto los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, las normas de contabilidad colombianas, y demás normas contables que les sean aplicables a las demandadas, así como el principio de buena fe y obrando como obraría un buen hombre de negocios prudente y diligente, según sea el caso.

Quinta: *Que respecto de cualquier condena dictada por el Tribunal se ordene a la(s) condenada(s) a pagar intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, o la tasa que determine el Tribunal, desde la fecha en que se hizo exigible la respectiva obligación, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha del pago.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que respecto de cualquier condena dictada por el Tribunal se ordene a la(s) condenada(s) a pagar intereses remuneratorios a la tasa de interés bancario corriente, o la tasa que determine el Tribunal, desde la fecha en que se hizo exigible la respectiva obligación, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha del pago.*

Subsidiaria a la pretensión anterior: *Que respecto de cualquier condena dictada por el Tribunal se ordene a la(s) condenada(s) a pagar actualización monetaria de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) calculado por el DANE o la entidad que haga sus veces, desde la fecha en que se hizo exigible la respectiva obligación, o la fecha que determine el Tribunal, y hasta la fecha del pago.”*

La primera pretensión de condena y su subsidiaria, relacionadas ambas con el primer grupo de pretensiones principales, no han de prosperar por cuanto el Tribunal no encontró probadas las pretensiones del citado primer grupo.

En cuanto a las pretensiones de condena segunda con sus dos subsidiarias, y tercera, en la medida en que se estructuran sobre una declaratoria de responsabilidad de OcenSA, que según se pide, generaría per-se consecuencias condenatorias respecto de Citcol, no pueden prosperar por cuanto la declarativa correspondiente, identificada como “cuarta” no prosperó.

La pretensión cuarta de condena se estructura como consecencial de las anteriores, y como éstas no prosperan, tampoco habrá de reconocerse.

Por último, en lo que se refiere a la pretensión quinta con sus dos subsidiarias, en la medida en que parten del supuesto de que se haya impuesto una condena y ello no ha sucedido, tampoco han de prosperar.

4.9. Excepciones

Procede el Tribunal a resolver las excepciones de mérito planteadas por el apoderado de la parte convocada y advierte que, en consideración a que en la primera audiencia de trámite el Tribunal definió su competencia con exclusión de dos de las sociedades que fueron convocadas, así como de las pretensiones referidas a ellas, por sustracción de materia se prescindirá del estudio de varias de las excepciones propuestas.

4.9.1. Falta de Competencia del Tribunal. (Numeral 4.1 del escrito de excepciones)

Argumenta la convocada que de acuerdo con el TSMA, Enbridge Inc. E IPL Enterprises Inc. no son parte del pacto arbitral y por consiguiente no se les puede extender sus efectos.

El Tribunal ya se pronunció en la oportunidad procesal correspondiente, restringiendo su competencia sólo a CITCOL y no a las otras dos sociedades que la Convocante buscaba vincular.

Así mismo, en capítulo inicial de este laudo se abordó de nuevo el estudio de este tema y el Tribunal ratificó su decisión. En consecuencia, el Laudo se refiere en exclusiva a CITCOL, por lo cual esta excepción prosperará.

4.9.2. Falta de Competencia por requisitos de procedibilidad (Numeral 4.2).

El apoderado de Citcol manifiesta que no se cumplió la instancia obligatoria previa incluida en la cláusula compromisoria, de notificar a la convocada, sobre las controversias antes de presentar la convocatoria arbitral y por lo tanto, el Tribunal carece de competencia.

Frente a esta excepción, el Tribunal considera que respecto de los requisitos de procedibilidad para acceder al arbitraje, el Consejo de Estado ha manifestado reiteradamente que la aplicación de las estipulaciones contractuales que pretenden crear una instancia anterior al arbitraje, no pueden inhibir, limitar, dificultar o hacer gravoso el acceso a la justicia, pues ello implica la modificación de reglas procesales, que son de orden público y respecto de las cuales los particulares no pueden disponer libremente.

En efecto, ha dicho esta Corporación:

“Si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción, en tanto

*función pública constitucional (iudicare munus publicum est- Paulo). De ahí que **las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia** (art. 229 C.N., art. 2º de la L. 270/96 LEAJ), en tanto ello supondría privar —o al menos— limitar a las personas de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público exige para su configuración y regulación la intervención del legislador (reserva de ley). No debe olvidarse que, por mandato constitucional (inc. 4º del art. 116 superior), los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la ley.” (Negrilla fuera de texto)*

*“**Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento.**” (Negrilla fuera de texto).*

*“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y **sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa , máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6º del Código de Procedimiento Civil.**”³⁷ (Negrilla fuera de texto)*

Con fundamento en la anterior cita jurisprudencial que el Tribunal comparte, se desestimaré esta excepción

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia 35288. Junio 10 de 2009. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Recurso de Anulación. Laudo Arbitral

4.9.3. Falta de Legitimación en la causa por pasiva. (Numeral 4.3).

Frente a la pretensión de la demanda de que se declare la nulidad de una cláusula del contrato de garantía, argumenta la convocada que de dicho acuerdo son partes sociedades distintas a Citcol. Así mismo argumenta que la Juna Directiva de Ocesa es responsable de los actos que se imputan en la demanda, por su labor de supervisión y aprobación. Finalmente manifiesta que según los argumentos de la convocante, Transcanada también estaría llamada a responder en este proceso por haber sido socia de Citcol.

El Tribunal ya se ha manifestado en relación con quiénes son las partes vinculadas al proceso, ratificando que únicamente lo son Ocesa y Citcol.

Como el contenido de la excepción se refería a dos sociedades que no se vincularon al proceso, el Tribunal desestimaré esta excepción.

4.9.4. Ausencia de Solidaridad. (Numeral 4.4).

Establece la convocada que no es posible admitir una presunción de solidaridad toda vez que en primer lugar, en este caso no proviene de la ley la solidaridad y en segundo lugar, las partes a las que convocó Ocesa no se obligaron respecto de una misma pretensión.

Considera el Tribunal que al asumir competencia sólo respecto de CITCOL, esta excepción es inaplicable, por cuanto no hay posibilidad de decretar la existencia de una eventual solidaridad en la parte convocada, por lo cual el Tribunal la desestimaré.

4.9.5. Ausencia de responsabilidad en cabeza de CITCOL (Numeral 4.5).

Alega el excepcionante que como el TSMA fue terminado, las obligaciones que emanan de tal contrato no pueden subsistir en el tiempo.

El Tribunal ha dicho a lo largo de este laudo que la terminación del TSMA no implica necesariamente la terminación de las obligaciones que de él se derivan. Si bien es cierto que el TSMA fue terminado por voluntad de OCENSA, el Tribunal tiene que referirse al régimen de responsabilidad que regula a los contratantes, el cual ha sido ampliamente analizado a lo largo de este Laudo. En especial debe tenerse en cuenta la cláusula 9.9 “*Vigencia de las obligaciones*” que dice:

“La terminación del presente Contrato no exonera a ninguna de las partes de las obligaciones mutuamente contraídas bajo este Contrato, así como tampoco de las pérdidas, costos, daños, gastos y responsabilidades que se presenten o surjan (o las circunstancias, eventos o bases de las cuales surgieron) bajo el presente Contrato

antes de o como resultado de dicha terminación. La intención de las Partes es que toda obligación que una de ellas tenga con la otra dentro de los términos del presente Contrato (Subrayado fuera de texto) (ya sea ésta conocida o ignorada a la terminación del mismo, o si sus circunstancias, eventos o bases se conocieren o ignoraren a la terminación de este instrumento), continuará siendo efectiva después de la terminación del Contrato (Subrayado fuera de texto). Además los Artículo Sexto y Séptimo, Sección 8.4 y el Anexo C permanecerán vigente es después de la terminación del presente Contrato, de conformidad con lo establecido en la Sección 8.4 del presente.” (Subraya el Tribunal)

La explícita voluntad de las Partes era mantener el régimen de responsabilidad que también acordaron contractualmente. Es más, la cláusula transcrita prevé que, además de los efectos post contractuales enunciados, ciertas cláusulas como la que regula la responsabilidad (Séptima) permanecerán vigentes después de la terminación del Contrato.

Es claro entonces para el Tribunal que los efectos de las obligaciones que se hubieren generado durante la vida del contrato, dentro del régimen de responsabilidad pactado, se extienden en los términos de lo pactado en la citada Sección 9.9, por lo cual el Tribunal declarará no probada esta excepción.

4.9.6. Ausencia de presupuestos para que se declare la simulación en la celebración del Contrato TSMA. (Numeral 4.6)

La Convocada alega que no existe ninguna posible simulación en las actuaciones de CITCOL, ya que OCENSA conoció desde el principio cuál era la intención en la creación de la primera.

De otra parte, OCENSA no ha ejercido ni invocado la acción de simulación, así como tampoco ha invocado ninguno de sus efectos como podría ser una solicitud de nulidad.

Teniendo en cuenta que no está probada la simulación, ni existe solicitud sobre esta materia, el Tribunal no considerará esta excepción y la desestimaré.

4.9.7. Ausencia de los presupuestos para se declare la condición de CITCOL como vehículo benefactor de un beneficiario real (Numeral 4.7)

Argumenta la convocada que no se puede desconocer el art. 98 del C.Co ni el sistema de responsabilidad de los accionistas y que no existe ningún fundamento para proceder a la aplicación de la institución del “beneficiario real”.

Teniendo en cuenta que al resolver sobre su competencia el Tribunal no vinculó a las otras dos sociedades convocadas, esta excepción no es aplicable por lo cual el Tribunal la desestimaré.

4.9.8. Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales de la acción de levantamiento del velo corporativo (Numeral 4.8).

La Convocada manifiesta que el levantamiento del velo corporativo sólo puede aplicarse para circunstancias especiales.

Dado que al resolver sobre su competencia el Tribunal no vinculó a las otras dos sociedades convocadas, esta excepción tampoco es aplicable por lo cual el Tribunal la desestimaré.

4.9.9. Ausencia de prueba acerca de la obligación que se demanda como incumplida (Numeral 4.9).

Argumenta el apoderado de la Convocada que la responsabilidad contractual tiene su origen en el daño surgido del incumplimiento de obligaciones contractuales, lo cual hace que se deba probar la existencia de una obligación incumplida.

Observa el Tribunal que durante el proceso y en su etapa probatoria no fue solicitada por parte de la Convocante ninguna prueba que demostrara la ocurrencia de un daño y, en consecuencia, tal elemento esencial para derivar una responsabilidad contractual no se produjo. En consecuencia y para efectos de las pretensiones correspondientes, esta excepción se declarará probada.

4.9.10. Ausencia de pacto de Indemnidad (numeral 4.10).

La Convocada alega que OCENSA pretende que CITCOL asuma un pacto de indemnidad respecto de ella misma y de las otras demandadas originalmente. Al fijar competencia el Tribunal indicó que no es competente respecto de las otras demandadas iniciales, por lo cual, esta excepción en relación con este aspecto, no es aplicable y así se declarará.

Sobre si existió o no un pacto de indemnidad por actos, hechos u omisiones de agentes, empleados o administradores de OcenSA, el Tribunal se remite a los análisis ya efectuados sobre el régimen pactado de responsabilidad contractual entre las partes, de donde se puede concluir, que no existe un pacto de indemnidad a cargo de CITCOL y a favor de OCENSA como está expresado, el régimen de responsabilidades está debidamente recogido en el contrato, por lo cual esta excepción se desestimaré.

4.9.11. Carga de la prueba en el cumplimiento moroso ó defectuoso de las obligaciones que se demandan como incumplidas (Numeral 4.11)

Establece la Convocada que corresponde a OCENSA probar la culpa de CITCOL.

Frente a esta excepción el Tribunal observa que el artículo 1516 del Código Civil, establece que el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley, en los demás casos debe probarse.

El último inciso del artículo 1604 dice: *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo...”*

Es clara la ley al establecer la carga probatoria: OCENSA debía probar que CITCOL actuó de mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones.

En tratándose de actividades peligrosas o de responsabilidad objetiva - que no es el caso -, la carga de la prueba cambia y se invierte, pero no se ha probado ni demostrado que los servicios que prestaba CITCOL constituyen una actividad peligrosa como se ha mencionado en los escritos de la convocante.

Con base en el análisis anterior tenemos que CITCOL sería responsable ante OCENSA en caso de dolo o culpa grave, que ésta última debe probar. Sin embargo, nada de eso se probó. Como quien tenía la carga probatoria no probó su dicho, esta excepción prosperará.

4.9.12. Inexistencia de los presupuestos contractuales para que CITCOL indemnice a OCENSA (Numeral 4.12)

Alega el excepcionante que no se ha presentado el incumplimiento de alguna obligación, bien sea en su oportunidad o en su forma, y que OcenSA no ha sufrido un perjuicio. Afirma que no existen tales supuestos para una indemnización a favor de OCENSA, por cuanto no se habían dado los supuestos fácticos, probatorios y legales para decretarlos.

El Tribunal pudo verificar que del acervo probatorio no hay evidencia del daño ni demostración de la culpa o dolo de CITCOL, por lo cual esta excepción se declarará probada.

4.9.13. Pacto de exoneración de responsabilidad (Numeral 4.12)

Ya el Tribunal se ha pronunciado sobre el régimen de responsabilidad que las partes acordaron mantener en la ejecución del contrato, igualmente se ha pronunciado sobre el alcance de la cláusula 7 y sus limitaciones.

Teniendo en cuenta que no hay condena que imponer a CITCOL, la excepción se desestimarán.

4.9.14. Falta de decisión arbitral que declare que CITCOL ha cometido un acto de culpa grave o dolo, como presupuesto de la responsabilidad solicitada (Numeral 4.14)

La Convocada establece que de acuerdo con el TSMA, para que OCENSA pueda reclamar daños y perjuicios a CITCOL, debe existir una decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Observa el Tribunal que durante el proceso no se imputó ni demostró la existencia de una conducta determinada y precisa de CITCOL que se hubiese cometido con dolo o culpa grave para los efectos de la asignación de responsabilidades de que trata el Contrato.

El mecanismo de solución de conflictos previsto en la cláusula 9.12. b) está dispuesto para lo previsto contractualmente y no puede dársele un alcance mayor ni menor que el querido por las partes, en consecuencia esta excepción se desestimarán

4.9.15. Inexistencia de los presupuestos de la garantía para que Enbridge indemnice a OCENSA (numeral 4.15)

Dado que el Tribunal al fijar su competencia no vinculó a Enbridge al presente proceso, esta excepción no es aplicable y se desestimarán.

4.9.16. Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la Convocante (Numeral 4.16).

La convocada no demostró ni los supuestos fácticos ni legales de esta excepción. El Tribunal la declarará no probada.

4.9.17. Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales del daño. Inexistencia de los perjuicios alegados (Numeral 4.17)

OCENSA no demostró ni probó la existencia de un daño. En consecuencia el Tribunal declarará probada esta excepción.

4.9.18. Ausencia del nexo causal entre el hecho y el daño (numeral 4.18)

Como se ha expuesto en el presente Laudo, no hay demostración ni prueba de un daño. En consecuencia esta excepción se declarará probada.

4.9.19. Culpa de la Víctima (Numeral 4.19)

El Tribunal ha efectuado las consideraciones del caso en relación con el régimen y la forma como CITCOL debía asumir las obligaciones en materia de contratación de seguros, previstas en el Otrosí N° 2.

Ninguna de las partes ha demostrado ni probado la culpa, la diligencia o la falta de ésta en la contratación de seguros, por lo cual, en este aparte, esta excepción se declarará no probada.

Respecto de las manifestaciones de la convocada de la falta de previsión de Ecopetrol en la compra de la participación de Enbridge en OCENSA, se trata de un hecho que no ha sido argumentado ni probado en el presente proceso, además que se trata de un hecho de un tercero sobre el que el Tribunal no puede pronunciarse, por lo cual se declarará no probada esta excepción.

4.9.20. Prescripción (numeral 4.20)

El TSMA es un Contrato atípico, de tracto sucesivo, respecto del cual aplica el régimen de prescripción general de 10 años, el cual, evidentemente no ha sucedido en el caso sometido a estudio.³⁸

En consecuencia esta excepción se declarará no probada.

4.9.21. La genérica del Artículo 306 del CC.

El Tribunal no ha encontrado en el curso del proceso y de su etapa probatoria ningún hecho, circunstancia o motivo legal que genere una nueva excepción, por lo cual, esta excepción se declarará no probada.

5.- COSTAS

Como se advirtió al comienzo de este Laudo, dos eran los temas esenciales sobre los que el Tribunal debía pronunciarse, el uno referido a las obligaciones supuestamente atribuidas a CITCOL en el tema de seguros y, el otro, relativo a la obligación contractual de la convocada de indemnizar a OCENSA por los perjuicios que en la prestación de los servicios contratados pudiera sufrir aquella, derivados del incumplimiento del TSMA, a título de culpa grave o dolo.

³⁸Artículo 2.536. Código Civil Colombiano

En razón a que sólo prosperó la pretensión referida al segundo tema, así como sólo algunas de las excepciones propuestas, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas, por lo que cada parte deberá asumir los costos de este proceso arbitral.

CAPITULO III PARTE RESOLUTIVA

Con fundamento en todas las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes, en decisión unánime,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por **CIT COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN – CITCOL** que denominó: *“Falta de competencia del Tribunal”, “Ausencia de prueba acerca de la obligación que se demanda como incumplida”, “Carga de la prueba en el cumplimiento moroso ó defectuoso de las obligaciones que se demandan como incumplidas”, “Inexistencia de los presupuestos contractuales para que CITCOL indemnice a OCENSA”, “Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales del daño. Inexistencia de los perjuicios alegados”, y “Ausencia del nexo causal entre el hecho y el daño”*

SEGUNDO: Negar las demás excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO: Declarar que **CIT COLOMBIANA S.A. EN LIQUIDACIÓN – CITCOL** está obligada a indemnizar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** por todos los perjuicios que sufra, derivados del incumplimiento del TSMa por parte de la primera, a título de culpa grave o dolo, según lo estipulado en la Sección 7.3 del Artículo Séptimo del Contrato de Servicios Técnicos y Administración o TSMa, en los términos y con los alcances y limitaciones expuestos en la parte motiva de este Laudo.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica de esta providencia con destino a cada una de las partes.

SÉPTIMO: Ordenar la entrega por Secretaría de copia de esta providencia al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

OCTAVO: Disponer la entrega del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Procedimiento de dicho Centro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FLORENCIA LOZANO REVEIZ
Presidente

GABRIELA MONROY TORRES
Árbitro

FERNANDO ESCALLÓN MORALES
Árbitro

LAURA BARRIOS MORALES
Secretaria

Tabla de contenido

CAPITULO I	1
ANTECEDENTES	1
CAPITULO II	13
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	13
1.- Competencia	13
2.- Sobre la exhibición de documentos a cargo de CITCOL.....	19
3.- El contrato origen de las controversias (TSMA)	24
3.1. Introducción	24
3.2. El contrato “TSMA” suscrito entre las partes	25
3.3. El Objeto del TSMA	27
3.4. Las Partes del TSMA	28
3.5. Las obligaciones a cargo de Citcol.	29
3.5.1 Obligaciones en cabeza de Citcol, el Jefe de Operaciones y la División de Operaciones.....	30
3.5.2 Obligaciones a cargo de Citcol en las cuales intervenía Ocesa.....	33
3.6. Obligaciones en cabeza de Ocesa	37
3.7. Régimen de responsabilidad previsto en el contrato	38
3.8. Obligaciones relativas al tema de seguros	40
3.9. Vigencia del contrato y terminación	42
4.- Las pretensiones de la demanda	43
4.1. Esquema de formulación	43
4.2. Referencias hechas por la parte convocante acerca del objeto del proceso arbitral.....	44
4.3. La responsabilidad civil contractual	46
4.4. El régimen de responsabilidad pactado en el contrato.	52
4.5. Consideraciones del Tribunal	56
4.6. El segundo grupo de pretensiones principales	71
4.7. Consideraciones del Tribunal	75
4.8. Pretensiones de condena	85
4.9. Excepciones	88

4.9.1. Falta de Competencia del Tribunal. (Numeral 4.1 del escrito de excepciones)	88
4.9.2. Falta de Competencia por requisitos de procedibilidad (Numeral 4.2).	88
4.9.3. Falta de Legitimación en la causa por pasiva. (Numeral 4.3).....	90
4.9.4. Ausencia de Solidaridad. (Numeral 4.4).....	90
4.9.5. Ausencia de responsabilidad en cabeza de CITCOL (Numeral 4.5).	90
4.9.6. Ausencia de presupuestos para que se declare la simulación en la celebración del Contrato TSMA. (Numeral 4.6).....	91
4.9.7. Ausencia de los presupuestos para se declare la condición de CITCOL como vehículo benefactor de un beneficiario real (Numeral 4.7)	91
4.9.8. Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales de la acción de levantamiento del velo corporativo (Numeral 4.8).	92
4.9.9. Ausencia de prueba acerca de la obligación que se demanda como incumplida (Numeral 4.9).	92
4.9.10. Ausencia de pacto de Indemnidad (numeral 4.10).....	92
4.9.11. Carga de la prueba en el cumplimiento moroso ó defectuoso de las obligaciones que se demandan como incumplidas (Numeral 4.11)	93
4.9.12. Inexistencia de los presupuestos contractuales para que CITCOL indemnice a OCENSA (Numeral 4.12).....	93
4.9.13. Pacto de exoneración de responsabilidad (Numeral 4.12).....	93
4.9.14. Falta de decisión arbitral que declare que CITCOL ha cometido un acto de culpa grave o dolo, como presupuesto de la responsabilidad solicitada (Numeral 4.14)	94
4.9.15. Inexistencia de los presupuestos de la garantía para que Enbridge indemnice a OCENSA (numeral 4.15).....	94
4.9.16. Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la Convocante (Numeral 4.16).	94
4.9.17. Ausencia de prueba acerca de los elementos estructurales del daño. Inexistencia de los perjuicios alegados (Numeral 4.17)	94
4.9.18. Ausencia del nexo causal entre el hecho y el daño (numeral 4.18)	94
4.9.19. Culpa de la Víctima (Numeral 4.19)	95
4.9.20. Prescripción (numeral 4.20)	95
4.9.21. La genérica del Artículo 306 del CC.....	95
5.- COSTAS	95
CAPITULO III	96
PARTE RESOLUTIVA.....	96

