

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL DE

ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA

contra

LIBERTY SEGUROS S.A. y TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) días del mes de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 y en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para la debida instrucción del trámite arbitral y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitraje profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA**, como convocante, y **LIBERTY SEGUROS S.A. y TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, como convocadas, en razón de los contratos de alquiler de equipo con opción de compra, ambos celebrados el 20 de mayo de 2015 (en adelante los “**CONTRATOS**”), así como de las pólizas de cumplimiento N° 2516362 y N° 2516363 (en adelante las “**PÓLIZAS**”).

I. ANTECEDENTES

1. LOS CONTRATOS Y LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO.

El día veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015) **ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA** y **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, celebraron dos contratos de alquiler de equipo con opción de compra, uno sobre un camión bomba con winche y sus accesorios y otro sobre una unidad de pulling frank y sus accesorios.¹

El día veintiséis (26) de mayo de dos mil quince (2015), **LIBERTY SEGUROS S.A.** expidió las pólizas N° 2516362 y N° 2516363 cuyo objeto consistía en amparar el cumplimiento de los referidos contratos de alquiler de equipo con opción de compra.

2. EL PACTO ARBITRAL.

En la cláusula décima novena del contrato de alquiler con opción de compra del camión bomba con winche así como en la cláusula vigésima del contrato de alquiler con opción de compra sobre la unidad de pulling frank, las partes pactaron lo siguiente:

“Este Acuerdo será gobernado, ejecutado e interpretado conforme con la normatividad de la República de Colombia. Las partes de común acuerdo disponen que si se llegaren a presentar controversias o diferencias frente a cualquier aspecto relacionado con el presente Acuerdo, estas diferencias serán resueltas directamente por las Partes por medio de un Acuerdo Directo, para lo cual contarán con un término de treinta (30) días calendario siguientes a la recepción de la notificación de incumplimiento correspondiente. Si una vez cumplido el término anteriormente indicado, las Partes no llegaren a un acuerdo, se convocará a un Tribunal de Arbitramento, el cual se llevará a cabo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de conformidad con las siguientes reglas:

¹ Ver folios 14 a 25 del cuaderno de pruebas número 2.

El Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros quienes serán abogados colombianos, y serán designados por mutuo acuerdo entre las Partes, y en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá.

- i. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá, en el centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los costos y honorarios de los árbitros se regularán por el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- ii. La organización interna del Tribunal se sujetará al Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- iii. El Tribunal decidirá en derecho.*
- iv. El costo del Tribunal será asumido por ambas partes en iguales proporciones, es decir cincuenta por ciento (50%) cada una.”*

3. PARTES PROCESALES.

3.1. Parte Convocante:

Es convocante **ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA** (en adelante **ATINA ENERGY**), representada legalmente por la señora **ROSMILAR MIRALVA CEBALLO MONTILLA**.

3.2. Parte Convocada:

Son convocadas:

TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN (en adelante **TOTAL PETROLEUM**), inicialmente representada por su liquidadora **HERCILIA HELENA SANDOVAL** y, posteriormente, por quien la sustituyó, señor **YEBRAIL HERRERA DUARTE**. Es oportuno destacar que esta convocada, a pesar de ser notificada en debida forma, no designó apoderado.

LIBERTY SEGUROS S.A. (en adelante **LIBERTY SEGUROS**) representada legalmente por la señora **MARÍA JULIANA ORTIZ AMAYA**.

4. ETAPA INICIAL.

- 4.1.** En cumplimiento de los requisitos formales y mediante apoderado, el cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), **ATINA ENERGY** presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral en contra de **TOTAL PETROLEUM** y **LIBERTY SEGUROS**, con ocasión de los contratos de alquiler de equipo con opción de compra a los que se ha hecho alusión anteriormente y como consecuencia de las pólizas de seguro número 2516362 y 2516363 que los garantizaban².
- 4.2.** Mediante sorteo público fueron designados como árbitros los doctores, **PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**, **ALFONSO BELTRÁN GARCÍA** y **CAROLINA SILVA RODRÍGUEZ**, quienes aceptaron oportunamente.
- 4.3.** Mediante auto No. 2 de quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal admitió la demanda, ordenó notificar personalmente a las demandadas, y corrió traslado de la demanda y de sus anexos por el término de veinte (20) días.³
- 4.4.** Una vez notificada en debida forma, mediante memorial radicado el trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018), **LIBERTY SEGUROS** manifestó no adherirse al pacto arbitral⁴, petición que no fue aceptada mediante auto No. 3 de quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)⁵.

² Folios 1 a 11 del cuaderno principal número 1.

³ Ver folios 126 a 129 del cuaderno principal 1.

⁴ Ver folio 203 del cuaderno principal número 1.

⁵ Ver folios 204 a 209 del cuaderno principal número 1.

- 4.5. Posteriormente, y dentro del término previsto para el efecto, **LIBERTY SEGUROS** contestó la demanda⁶.
- 4.6. En auto No. 8 de seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), el Tribunal tuvo por no contestada la demanda por parte de **TOTAL PETROLEUM**⁷ y corrió traslado de las excepciones formuladas por **LIBERTY SEGUROS**, oportunidad en la cual la convocante se pronunció⁸.
- 4.7. El siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019) tuvo lugar la audiencia de conciliación⁹ la cual se declaró fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio de las partes. A continuación, mediante auto No.12, se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, las cuales fueron pagadas en su totalidad por la parte convocante.
- 4.8. El cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019) tuvo lugar la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal se declaró competente para resolver las controversias y decretó las pruebas solicitadas por las partes¹⁰.

5. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

5.1. Los hechos de la demanda¹¹

Las alegaciones de hecho en las que la convocante apoya sus pretensiones bien pueden compendiarse del siguiente modo:

- a. El 20 de mayo de 2015 la sociedad **ATINA ENERGY**, en calidad de

⁶ Ver folios 248 a 279 del cuaderno principal número 1.

⁷ Ver folios 338 a 340 del cuaderno principal número 1.

⁸ Ver folios 374 a 388 del cuaderno principal número 1.

⁹ Ver folios 427 a 432 del cuaderno principal número 1.

¹⁰ Ver folios 1 a 18 del cuaderno de pruebas número 2.

¹¹ Ver folios 1 a 11 del cuaderno principal número 1.

arrendadora y **TOTAL PETROLEUM**, en calidad de arrendataria, suscribieron dos contratos de alquiler de equipos con opción de compra, uno sobre un camión bomba con winche y otro respecto de una unidad de pulling frank.

- b. En ambos contratos, las partes pactaron una cláusula penal en caso de incumplimiento, equivalente al 20% de su valor.
- c. El veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015), **TOTAL PETROLEUM** devolvió de manera anticipada e incompleta el camión bomba con winche, con unos daños que la convocante estima en la suma de \$52.696.039, así como la unidad de pulling frank.
- d. Teniendo en cuenta que **TOTAL PETROLEUM** usó y explotó el camión bomba con winche en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de dos mil quince (2015) y el veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015), **ATINA ENERGY** emitió las siguientes facturas de venta:
 - a. Factura No. 714 de cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015) por valor de \$32.364.000.
 - b. Factura No. 717 de tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015) por valor de \$32.364.000.
 - c. Factura No. 720 de dos (2) de octubre de dos mil quince (2015) por valor de \$31.320.000.
 - d. Factura No. 725 de tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015) por valor de \$27.144.000.
- e. Igualmente, dado el uso y la explotación por parte de **TOTAL PETROLEUM** de la unidad de pulling Frank, en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de dos mil quince (2015) y el veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015), **ATINA ENERGY** emitió las siguientes facturas de venta:

- i. Factura No. 715 de cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015) por valor de \$197.780.000.
 - ii. Factura No. 716 de tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015) por valor de \$197.780.000.
 - iii. Factura No. 719 de dos (2) de octubre de dos mil quince (2015) por valor de \$191.400.000.
 - iv. Factura No. 724 de tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015) por valor de \$165.880.000.
- f. Al decir de la convocante, **TOTAL PETROLEUM** incumplió los contratos de alquiler al no pagar las sumas antes indicadas.
- g. Como consecuencia de lo anterior, **ATINA ENERGY** inició proceso ejecutivo contra **TOTAL PETROLEUM** con el fin de que le fueran pagadas las facturas antes mencionadas, el cual le correspondió por reparto al Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de Bogotá.
- h. Con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato de alquiler con opción de compra sobre el camión bomba con winche, **TOTAL PETROLEUM** tomó con **LIBERTY SEGUROS** la póliza de cumplimiento número 2516362 con un valor asegurado de \$97.200.000.
- i. Así mismo, para garantizar el cumplimiento del contrato de alquiler con opción de compra de la unidad de pulling frank, **TOTAL PETROLEUM** tomó con la aseguradora demandada la póliza de cumplimiento número 2516363 con un valor asegurado de \$594.000.000.
- j. El doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015) y como consecuencia de los supuestos incumplimientos a los que se ha hecho referencia, **ATINA ENERGY** presentó reclamación ante

LIBERTY SEGUROS con el fin de que le fuera reconocido y pagado el valor asegurado por las pólizas de cumplimiento número 2516362 y 2516363.

- k. **LIBERTY SEGUROS** objetó la reclamación toda vez que, a su juicio, las pólizas número 2516362 y 2516363 habían sido canceladas por solicitud presentada el veintiocho (28) de agosto de dos mil quince (2015) por **TOTAL PETROLEUM** y así mismo, por cuanto había operado la terminación automática de los contratos de seguro por mora en el pago de la prima.

- l. Manifiesta la parte actora que los motivos invocados por **LIBERTY SEGUROS** no son ciertos, toda vez que mediante comunicación enviada el quince (15) de julio de dos mil diecisiete (2017) esa compañía de seguros informó que las pólizas número 2516362 y 2516363 estuvieron vigentes entre el veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015) y el veinticinco (25) de junio de dos mil dieciséis (2016).

- m. Igualmente sostiene la convocante que se pagaron las primas pactadas en los contratos de seguro, razón por la cual **ATINA ENERGY** procedió a entregar a **TOTAL PETROLEUM** los equipos objeto de los contratos de arrendamiento.

5.2. Las pretensiones de la demanda

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral son las siguientes:

“PRINCIPALES:

“PRIMERA. *Que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, **DESIGNE** el Tribunal de Arbitramento que decida en derecho la presente controversia, el cual deberá estar conformado por tres (3) árbitros como así fue*

establecido en la cláusula 19 y 20 de los respectivos Contratos de Alquiler de Equipo con Opción de Compra.

SEGUNDA. Que debidamente instalado, se **DECLARE** por parte del Tribunal de Arbitramento que la sociedad **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.** incumplió con sus obligaciones en los Contratos de Alquiler de Equipo con opción de compra, respecto de **Camión Bomba con Winche y Unidad de Pulling Frank**, junto con sus herramientas y accesorios (sic) suscritos con mi mandante **ATINA SERVICES CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, el día 20 de mayo de 2015.

TERCERA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se **DECLAREN** resueltos los Contratos de Alquiler de Equipo con Opción de Compra, respecto del **Camión Bomba con Winche y la Unidad de Pulling Frank**, junto con sus herramientas y accesorios, suscritos con (...) **ATINA ENERGY SERVICES CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, el día 20 de mayo de 2015.

CUARTA. Que como consecuencia de este incumplimiento, se **CONDENE** a **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.** a pagar a favor de **ATINA ENERGY SERVICES CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, las siguientes suma de dinero

4.1. POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE:

4.1.1.- Respecto del Contrato de Alquiler del Camión Bomba con Winche de fecha 20 de mayo de 2015, la suma de **CIENTO VEINTITRÉS MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$123.192.000)**, correspondiente al valor de los cánones de alquiler de este equipo generados en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 al 26 de octubre de 2015.

4.1.2.- Por la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$52.696.039), correspondiente al valor de las herramientas y accesorios del equipo **Camión Bomba con Winche** dejados de entregar por parte de **TOTAL**.

4.1.3.- Respecto del Contrato de Alquiler de la Unidad de Pulling Frank de fecha 20 de mayo de 2015, la suma **SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$752.840.000)**, correspondiente al valor de los cánones de alquiler de este equipo generados en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 al 26 de octubre de 2015.

4.2. POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE:

4.2.1.- Respecto del Contrato de Alquiler del Camión Bomba con Winche de fecha 20 de mayo de 2015, la suma de **SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS DOS MIL PESOS M/CTE (\$71.702.000)**, correspondiente al valor dejado de percibir por mi mandante por el hecho de no haber podido disponer de los cánones descritos en la cláusula 4.1.1. Este valor se obtiene de liquidar los intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera desde el vencimiento de cada uno de dichos cánones y hasta el 31 de agosto de 2017, fecha en que se hizo la correspondiente liquidación.

4.2.1.1. Por los intereses de mora sobre la suma de capital relacionada en el numeral 4.1.1 y 4.1.2 liquidados a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera que se causen a partir del 1º de septiembre de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo.

4.2.2.- Respecto del Contrato de Alquiler de la Unidad de Pulling Frank de fecha 20 de mayo de 2015, la suma de **CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$431.543.000)**, correspondientes al valor dejado de percibir por mi mandante por el hecho de no haber podido disponer de los cánones descritos en la cláusula 4.1.3. Este valor se obtiene de liquidar los intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera desde el vencimiento de cada uno de dichos cánones y hasta el 31 de agosto de 2017, fecha en que hizo la correspondiente liquidación.

4.2.2.1. Por los intereses de mora sobre la suma del capital relacionada en el numeral 4.1.3 liquidados a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera que se causen a partir del 1º de septiembre de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo.

QUINTA.- Que como consecuencia del incumplimiento **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, se **ORDENE** a la sociedad demandada **LIBERTY SEGUROS S.A.S.**, a pagar a favor de **ATINA ENERGY SERVICES CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, las sumas aseguradas así:

5.1.- La suma de **NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$97.200.000)**, correspondiente al valor asegurado en la Póliza de cumplimiento No. 2516362.

5.2.- La suma de **QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$594.000.000)**, correspondiente al valor asegurado en la Póliza de cumplimiento No. 2516363.

SEXTA. Que se condene en costas del proceso y agencias

SUBSIDIARIA DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES (SIC)

4.1. Y 4.2:

PRIMERA.- Que en caso que este Tribunal no acceda a las pretensiones relacionadas en los numerales 4.1. y 4.2., solicito se **CONDENE** a **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.** al pago de las siguientes sumas:

1.1.- La suma de **SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$74.800.000)**, por concepto de cláusula penal, pactada en el **Contrato de Alquiler del Camión Bomba con Winche de fecha 20 de mayo de 2015** (Cláusula 26).

1.2.- La suma de **TRECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$396.000.000)** por concepto de cláusula penal, pactada en el **Contrato de Alquiler de Unidad de fecha de 20 de mayo de 2015** (Cláusula 28).

SEGUNDA.- Que las sumas descritas en los numerales 1.1. y 1.2. de las pretensiones subsidiarias, sean debidamente indexadas desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se efectúe el pago.”

5.3. La contestación de la demanda por parte de Liberty Seguros S.A.

En escrito presentado el veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018), **LIBERTY SEGUROS S.A.**, contestó la demanda¹².

En esta oportunidad aceptó algunos hechos, manifestó que otros no le constaban y negó los restantes, particularmente aquellos atinentes a (i) la cláusula penal, (ii) a los amparos de las pólizas, y, (iii) al pago y vigencia de la prima.

¹² Ver folios 248 a279 del cuaderno principal 2.

En lo que se refiere a las pretensiones se opuso a todas y propuso las siguientes excepciones:

- *“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S. Y CONSECUENTEMENTE, DE LIBERTY SEGUROS S.A, POR EXISTENCIA DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD”*
- *“AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO”*
- *“INEXISTENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS POR PREVIA REVOCATORIA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO – ARTÍCULO 1071 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015”*
- *“INEXISTENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS POR PREVIA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGURO POR MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA – ARTÍCULO 1068 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015”*
- *“AUSENCIA DE COBERTURA DE LUCRO CESANTE POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE LAS PÓLIZAS BO-2516362 Y BO-2516363”*
- *“AUSENCIA DE COBERTURA DE CLÁUSULAS PENALES POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE LAS PÓLIZAS BO-2516362 Y BO-2516363”*
- *“AUSENCIA ABSOLUTA DE COBERTURA DE LAS PÓLIZAS BO-2516362 Y BO-2516363”*
- *“AUSENCIA ABSOLUTA DE SINIESTRO”*
- *“PÉRDIDA DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR MALA FE EN LA RECLAMACIÓN – ARTÍCULO 1078 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”*
- *“AUSENCIA DE AMPARO DE CULPA GRAVE – ARTÍCULO 1055 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”*

II. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019) se dio inicio a la primera audiencia de trámite¹³, oportunidad en la cual el Tribunal se

¹³ Ver folios 1 a 18 del cuaderno principal número 2.

declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su consideración. Frente a esa decisión el apoderado de **LIBERTY SEGUROS** formuló recurso de reposición que fue negado.

2. Mediante auto No. 18 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, así como aquellas que, de oficio, el Tribunal consideró debían practicarse.

3. En audiencia celebrada el veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal incorporó al expediente los documentos aportados por TOTAL PETROLEUM visibles a folios 87 y 89 del cuaderno de pruebas número 1 y posesionó al perito ADALID CORP S.A.S. quien, previa solicitud de ampliación del término para rendir su experticia, la presentó oportunamente.

4. Del dictamen se corrió traslado a las partes mediante auto número 28 y, previa solicitud de la convocada, se recibió el interrogatorio de los expertos MAURICIO TARAZONA SICHACHA y GUSTAVO MORA CARDOZO en audiencia celebrada el doce (12) de julio de dos mil diecinueve (2019).

5. El veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019) se recibió el interrogatorio de los señores YEBRAIL HERRERA DUARTE, representante legal de TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, ALBERTO ENRIQUE OSUNA IBARRA, representante legal de LIBERTY SEGUROS S.A., y LINA MARÍA FRANCO MARTÍNEZ apoderada general de ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA. A continuación, por conducto de su representante legal, LIBERTY SEGUROS procedió a exhibir dos (2) carpetas contentivas de los antecedentes entregados para la expedición de las pólizas de cumplimiento 2516362 y 2516363 y de la correspondencia cruzada con la convocante y el afianzado, documentos que fueron incorporados al expediente.

6. El primero (1) de abril de dos mil diecinueve (2019) se recibieron los testimonios de las señoras TRICIA NATALY NARVÁEZ SÁNCHEZ, y SANDRA PATRICIA ZULUAGA TAPASCO.¹⁴

7. El dos (2) de abril de dos mil diecinueve (2019) rindieron declaración los señores JORGE ENRIQUE ORTIZ RAMOS, quien asistió por videoconferencia, SONIA MARCELA PANTANO PACHECO, y JENNIFER DE LA RANS BONILLA.

8. El veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019) tuvo lugar la audiencia de recepción del testimonio del señor JOAN SEBASTIÁN HERNÁNDEZ ORDOÑEZ.

9. Mediante auto número 30 de cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019), el Tribunal decretó como prueba de oficio los documentos visibles a folios 345 a 369 del cuaderno principal número 1.

10. Una vez practicadas todas las pruebas, mediante auto número 32 de doce (12) de julio de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal declaró concluido el periodo probatorio y fijó como fecha para que tuviera lugar la audiencia de alegatos de conclusión, el veintidós de julio siguiente.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES

Los apoderados de **TOTAL PETROLEUM** y de **LIBERTY SEGUROS**, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones

¹⁴ Ver folios 44 a 48 del cuaderno principal número 2.

finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente, advirtiendo, sin embargo, que solo se tendrán en cuenta los argumentos expuestos por ellos en sus alegaciones orales.

IV. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalen el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019) fecha a partir de la cual se inició el citado término para proferir la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, por lo cual el término para fallar finaliza el cinco (5) de septiembre de este año, encontrándose el Tribunal en término para proferir el laudo.

Como ha quedado expuesto, la relación procesal existente en este caso se configuró regularmente, amén que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes,

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA COMPETENCIA DE TRIBUNAL

Previamente a abordar el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda principal, corresponde nuevamente al Tribunal revisar su competencia para dirimir las controversias que han sido sometidas a su decisión, como quiera que la misma fue cuestionada por la aseguradora convocada **LIBERTY SEGUROS S.A.** mediante recurso de reposición contra el auto¹⁵ de asunción de competencia de este Tribunal, a la vez que mediante distintas intervenciones ha insistido en el punto.

En el presente caso, al analizar el pacto arbitral suscrito por las partes, se evidencia que **ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA** y **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, suscribieron clausula compromisoria dentro de los contratos de alquiler de equipo con opción de compra ya reseñados, mediante los cuales evidenciaron su inequívoca decisión de someter al conocimiento de un Tribunal arbitral las diferencias suscitadas con relación a los aludidos contratos. Sin embargo, en lo que se refiere a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, el apoderado judicial, ha manifestado en reiteradas ocasiones que la aseguradora no suscribió el pacto arbitral y que no fue llamada en garantía conforme lo señalado en el artículo 37 de la ley 1563 de 2012.

Parece necesario, en consecuencia, reiterar lo que en su momento se dijo (auto No. 3 del 16 de abril de 2018), para resolver la reposición que en el punto interpusiera la aseguradora. Ciertamente, como allí se señaló, y ahora se reitera, la norma jurídica no es, nunca lo ha sido, un enunciado que pueda comprender la descripción completa y excluyente de todos los supuestos fácticos a los que puede aplicarse la consecuencia jurídica que en ellos se consagra, ni le es dado al legislador determinar íntegramente

¹⁵ Auto 15 del cuaderno principal visible a f° xx.

todas las hipótesis que pueden desprenderse de una determinada situación o relación jurídica, ni predecir minuciosamente en los preceptos legales todas las posibilidades del comportamiento de las personas o de los sucesos de la naturaleza, motivo por el cual incumbe al juzgador interpretar y aplicar las reglas legales, dándole coherencia a todo el ordenamiento, optando entre todas las interpretaciones racionalmente posibles por aquella que considere más adecuada y convincente con miras a que la regla jurídica no se convierta en instrumento de injusticia.

El artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. INTERVENCIÓN DE OTRAS PARTES Y TERCEROS. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

“Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

“Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

“En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el párrafo del artículo 3o.

“Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia

en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

“PARÁGRAFO 1o. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

“PARÁGRAFO 2o. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros”. (Negrillas no textuales).

Como en la aludida providencia¹⁶ se dijo, el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, que debe interpretarse ahora de manera armónica con el C.G.P., gobierna bajo un mismo conjunto de reglas la *“intervención de otras partes”* (distintas de las especificadas en el artículo 36, esto es, litisconsortes necesarios) y la de los terceros. Y en punto de precisar los efectos que produce el pacto arbitral ajustado por las partes (de la relación sustancial) frente al tercero (que no suscribe la cláusula compromisoria), prescribe de manera contundente que quien garantiza *“el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo”*.

Como en su momento se dijo y ahora se recalca, dicha regla consagra, en el plano sustancial, el principio conforme al cual, *“si en una determinada relación comercial las partes que la ajustan han acordado expresamente un*

¹⁶ En el reseñado auto del 16 de abril de 2018 se aludió, así mismo, a la distinción existente entre los conceptos que de “parte” y de “terceros” involucran el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. En ese sentido se afirmó que: “(...) mientras que el primero de los reseñados estatutos consideraba de manera general como terceros a aquellos intervinientes en el proceso que no tenían la condición de demandantes y de demandados, el C.G.P. (Capítulo II del Título Único de la Sección Segunda), por el contrario, con más precisión y mayor alcance, comprende en la noción de parte no solamente a quien obra como demandante o como demandado, sino a todo interviniente que involucra una pretensión propia en el proceso o frente a quien se hace una reclamación concreta (litisconsortes facultativos y cuasi necesarios, interviniente excluyente, llamado en garantía, el llamado como poseedor, entre otros), restringiendo la locución “terceros” (Capítulo III ibídem) al coadyuvante y al llamado de oficio que, en principio, no involucran una pretensión propia en el proceso (...) Es palpable, por consiguiente, que en el C.G.P., tanto el litisconsorte facultativo como el llamado en garantía son considerados como partes en el proceso sin que, desde esa perspectiva, reciban un trato disímil por considerarse intervenciones de muy distinta naturaleza. Se trata, simplemente, de intervinientes que incluyen un pedimento propio o de quienes se reclama un derecho”.

pacto arbitral, tal estipulación involucra al tercero que garantice las obligaciones derivadas de ese negocio. Es decir, que el ordenamiento deduce que ese garante se adhiere a la cláusula arbitral explícitamente convenida por los contratantes al momento de afianzar las obligaciones derivadas del contrato que la contiene”.

“Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de ese precepto, la Corte Constitucional, en la sentencia C 170 de 2014, puntualizó:

“(ii) En segundo término, la proposición jurídica demandada se refiere al tercero garante que ha suscrito un contrato de garantía que contiene una cláusula compromisoria o pacto arbitral, por lo cual se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso ante árbitros. En efecto, la consecuencia que la acusación considera contraria al principio de voluntariedad de la jurisdicción arbitral, se materializa con la presunta vinculación "automática" del tercero garante al pacto arbitral. Esta apreciación de la demandante desconoce que la norma acusada también dispone que el tercero llamado en garantía debe cumplir con la condición de obligarse a garantizar un contrato con pacto arbitral.

“Lo anterior supone, sin que ello sea un requisito que se desprenda del artículo 116 constitucional, que este tercero conoce la cláusula compromisoria y acepta tácitamente, al garantizar el contrato que la contiene, la jurisdicción arbitral, si la voluntad de quienes suscribieron el contrato garantizado así lo decide.

“No quiere decir esto que la Corte entienda que del artículo 116 de la Constitución o de la jurisprudencia constitucional, se desprenda la obligación de que el tercero garante deba adherir al pacto arbitral. Pero la previsión de la norma, al establecer que la vinculación de este tercero es bajo la condición de que éste haya garantizado un contrato con cláusula compromisoria, supone al menos que el tercero llamado en garantía puede participar adecuadamente en el proceso arbitral, en garantía de su derecho al debido proceso, en tanto conoce la posibilidad de la jurisdicción arbitral” (Se subraya).

Más adelante agregó esa Corporación que:

“(iii) En tercer lugar, la norma acusada garantiza plenamente que

la jurisdicción arbitral se active únicamente por habilitación expresa de las partes. Por ello, se reitera, el sentido del párrafo demandado, indica que el tercero garante afectado de manera "automática" es aquel que conoció el contrato que se obligó a garantizar y que incluía pacto arbitral voluntario sustentado en la autonomía de quienes lo suscribieron.

"En tal medida, la autoridad de los árbitros en cuyo proceso se llama a un tercero garante se sustenta en un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas. Dicho acuerdo honra la autonomía, y permite a partir de ella sustraerse del sistema estatal de administración de justicia para la resolución disputas, y adelantar dicha tarea ante particulares. **Por ello, lo que realmente vulneraría el principio de voluntariedad de la jurisdicción arbitral, sería permitirle al tercero que desconozca la manifestación de dos voluntades autónomas para acudir a árbitros y no a jueces de la República.**

"Si el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje, entonces es la voluntad de las partes la que debe obrar como requisito constitucional para ello, y no la voluntad de un tercero cuya participación tiene un origen distinto a dicha voluntad. Valga decir, su participación se sustenta, como se dicho en varias oportunidades, en la decisión de garantizar un contrato con pacto arbitral. (Negritas y subrayado no textual).

Por tal razón, desde un comienzo este Tribunal aseveró que la adhesión del garante al pacto arbitral se produjo, no en el instante en que fue citado al proceso arbitral, ni mucho menos al comparecer al mismo, sino en el momento en el que asumió el afianzamiento de las obligaciones derivadas del contrato en el que las partes involucradas ajustaron expresamente la cláusula compromisoria. Por supuesto que fue allí, esto es, al afianzar las deudas que surgen de ese contrato, cuando conoció de la existencia del pacto arbitral ajustado por los contratantes y, parejamente, aceptó sumarse al mismo, aceptación que, como lo dijera la Corte Constitucional, para esta hipótesis puede ser tácita. En ese orden de ideas, al ser convocado al proceso ya se había adherido a dicho compromiso, por su propia voluntad manifestada al obligarse en el contrato accesorio de

afianzamiento.

De ahí que el Tribunal deba igualmente resaltar que, si la adhesión a la cláusula compromisoria se produjo en el momento y las condiciones anteriormente señaladas, es decir, al obligarse a garantizar las obligaciones contractuales, esa adhesión produce los efectos que le son inherentes independientemente de la forma como sea involucrado al trámite arbitral. Esto es, que si bien se advierte que el mencionado artículo 37 alude a que el garante sea involucrado mediante un llamamiento en garantía, no es dable admitir que la adhesión al arbitraje se haga en tanto y cuanto sea citado en esa calidad; por supuesto que esa adhesión ya se produjo con anterioridad, concretamente al afianzar las deudas derivadas del contrato que contiene la cláusula compromisoria.

“(...) El señalamiento que se hace a esa forma de intervención procesal -se dijo en el auto del 16 de abril de 2018-, estriba en que esa es la modalidad usual y acostumbrada en que se hace. Pero es evidente que no es la única. Por supuesto que no son extrañas las hipótesis en las que el ordenamiento le permite a una de las partes de la relación jurídica principal involucrar directamente al tercero que mediante un pacto accesorio garantiza las obligaciones del deudor. Por consiguiente, sin importar si es convocado directamente por el acreedor demandante o por el deudor al llamarlo en garantía, lo cierto es que si en el negocio principal las partes han ajustado la cláusula compromisoria, el tercero garante, al afianzar las obligaciones derivadas de ese contrato, se adhiere al pacto arbitral y puede ser citado al mismo, sin que su participación esté supeditada a cuál de las partes lo cita”.

Por supuesto, y no hay que ahondar mucho para confirmarlo, que el seguro de cumplimiento comporta una de esas hipótesis en las que el acreedor puede reclamar directamente a la aseguradora el pago de la obligación afianzada. Ciertamente, mediante esa especie de seguro de daños, que fue explícitamente reconocido por la ley 225 de 1938, cuyo art. 2° estableció que su objeto sería el de amparar el “(...) cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos”, la aseguradora asume el compromiso de garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su

fuelle en un contrato celebrado por otros o en la ley.

Por consiguiente, se asegura “(...) la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que, si el contratante ‘afianzado’ no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil”. Si las cosas son de ese modo, es innegable que el acreedor agraviado podrá reclamar directamente a la aseguradora el cumplimiento de las obligaciones que ésta asumió en su beneficio mediante el contrato de seguro.

Por lo demás, la doctrina colombiana también se ha pronunciado sobre la intervención dentro del trámite arbitral de la aseguradora que ha suscrito una garantía a favor de un contratante y, en el mismo sentido, ha sostenido que “en lo que hace referencia a la adhesión al pacto por el llamado en garantía, se advierte que el parágrafo primero del artículo 37 establece una nueva forma de adhesión o aceptación del pacto arbitral por parte de quien no lo ha suscrito”¹⁷.

Finalmente, es palmario que en este caso tanto los contratos principales como las pólizas otorgadas por la aseguradora convocada se suscribieron con posterioridad a la expedición de la Ley 1563 de 2012, motivo por el cual es incuestionable que se produjo la adhesión prevista en el artículo 37 de dicho estatuto.

2. CUESTIONES PREVIAS A DECIDIR.

Parece oportuno abordar delantadamente el examen de algunos asuntos

17 Sanabria Santos, H. (2013). Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral. En H. Sanabria Santos (Ed.), Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012 (pp. 235-253). Bogotá: Editorial Legis

aledaños a la médula de la controversia que, aun cuando en puridad no hacen parte de ella, sí deben dilucidarse en esta providencia por mandato legal.

2.1. La tacha de falsedad propuesta por la convocada Liberty Seguros.

Al momento de contestar la aseguradora demanda propuso la tacha de falsedad de los comprobantes de pago Nos. 07059763 y 07059764 aportados por la actora y, por consiguiente, a poner de presente la ausencia de pago de las primas lo que abriría paso a la potestad de la aseguradora para dar por terminado el contrato de seguro. Para acreditar su afirmación llamó a declarar al señor JORGE ENRIQUE ORTIZ, a la vez que pidió que se decretara una experticia enderezada a corroborar la autenticidad o la falta de ella de esos documentos.

No obstante, por mandato de lo prescrito en el artículo 269 del C. G. P., no es admisible la tacha cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión que deba adoptarse, esto es, que debe recaer sobre un documento que tenga relevancia probatoria de manera que determine en alguna medida el fallo que deba adoptarse.

En el asunto de esta especie, la tacha se endereza a demostrar que los recibos allegados para demostrar el pago de la prima fueron adulterados de modo que no provienen de la aseguradora o sus dependientes o de intermediarios habilitados para tal efecto. En ese orden de ideas, el pago no se habría efectuado realmente, abriéndose paso la facultad de la demandada **LIBERTY SEGUROS** de dar por terminado el contrato en ejercicio de la autorización prevista en el artículo 1068 del C. de Co. Y, por supuesto, de ser las cosas de ese modo, habría apremio para decidirla.

Empero, como se examinará con detenimiento más adelante, en tratándose del seguro de cumplimiento esa potestad realmente no existe,

motivo por el cual la vigencia y el vigor vinculante del contrato no decaen por el supuesto incumplimiento del obligado de pagar la prima del seguro. En consecuencia, si en gracia de discusión se admitiera que esos recibos fueron falseados y, subsecuentemente, no estuviera acreditado el pago del seguro, lo cierto es que no por eso habría desfallecido el poder vinculante del contrato, ni habría nacido la facultad para la aseguradora de darlo por terminado, ni se habrían extinguido las obligaciones a cargo de ésta.

En ese orden de ideas, la eventual falsedad de los documentos tachados resulta insustancial para efectos del fallo que aquí habrá de adoptarse, motivo por el cual el Tribunal no se pronunciará de fondo sobre el tema, ni sobre las penas previstas en el artículo 274 del C.G.P.

2.2. La oposición a exhibir documentos.

En el transcurso de la audiencia celebrada el 5 de marzo de 2019, al decretar las pruebas del proceso, la actora se opuso a la exhibición de los recibos originales en los que constara el pago de las primas de las pólizas 2516362 y 2516363. Adujo para tal efecto que esos documentos no se encontraban en su poder, entre otras cosas, porque el pago debió haberlo hecho la arrendataria demandada.

Como quiera que la razón aducida por la convocante es admisible en cuanto asevera que esos documentos no están en su poder, manifestación que no fue infirmada por la convocada en cuanto no obra en el plenario elemento de convicción alguno que lleve a inferir lo contrario, esto es, que sí los detenta, se considera admisible la justificación, motivo por el cual no se hacen obrar las consecuencias previstas en el artículo 267 del C.G.P. Por supuesto que es admisible la razón aducida por la opositora en el sentido que si el pago lo hizo un tercero debió ser éste quien recogió los documentos originales que acreditaban la solución de la deuda a su cargo.

3. LA RELACIÓN JURÍDICA PRINCIPAL, NATURALEZA JURÍDICA.

La convocante impetró, en lo medular, que se declare que la sociedad **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, incumplió con las obligaciones que contrajo mediante los contratos de alquiler de equipo con opción de compra, respecto del camión bomba con winche y la unidad de pulling frank, junto con sus herramientas y accesorios, suscritos con ella el 20 de mayo de 2015.

Se trata de dos relaciones jurídicas con obligaciones y condiciones muy parecidas, ambas de naturaleza comercial (ordinales 1º, 2º y 16º del artículo 20 del estatuto mercantil), que serán examinadas por este Tribunal bajo consideraciones comunes.

Ante la ausencia de regulación legal específica y dada la remisión normativa prevista en los artículos 822 y 2º ibídem, es menester acudir a las reglas previstas en la materia por el Título XXVI Código Civil. En ese sentido, es palmario que, de manera genérica, el artículo 1973 del Código Civil, señala que el de arrendamiento *“es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*.

Como es sabido, el legislador colombiano, siguiendo los criterios a la sazón imperantes, recogió bajo el mismo tipo negocial relaciones jurídicas que hoy se consideran disímiles. No obstante, de esa definición se infiere sin mayor esfuerzo que, en tratándose del arrendamiento de cosas, el arrendador se compromete a garantizarle al arrendatario el goce de una cosa a cambio de un precio que debe pagar este último. En ese orden de ideas, es claro que los elementos esenciales del contrato son: i) la cosa arrendada y ii) el precio o canon de arrendamiento.

En las relaciones jurídicas ajustadas entre las partes en este asunto se

25

advierte que **ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA**, se comprometió, y así lo hizo, a entregar el uso y goce de los equipos ya señalados a **TOTAL PETROLEUM SERVICES**, a cambio del precio que se acordó en las cláusulas 2 y 3 de cada contrato, el cual debía pagarse periódicamente.

Adicionalmente, los contratantes convinieron una opción de compra de esos equipos¹⁸ (camión bomba con winche y unidad de pulling frank) que, por el desenvolvimiento que tuvieron los sucesos, no llegó a concretarse.

En punto de las obligaciones a cargo del arrendatario, debe memorarse que, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 1996 y siguientes del Código Civil, le corresponden, sin dejar de lado aquellas que por la autonomía de la voluntad puedan llegar a ser pactadas, las siguientes: a) gozar de la cosa, según los términos contrato; b) velar por la conservación de la cosa arrendada; c) pagar el precio o renta pactado; d) restituir o devolver la cosa a la terminación del contrato. Incluso, al respecto hubo estipulaciones específicas en los contratos¹⁹.

Es importante tener en cuenta que los equipos objeto de los contratos de arrendamiento fueron entregados el día 1º de julio de 2015 por el señor **MIGUEL ÁNGEL RUIZ**, funcionario autorizado por **ATINA SERVICES**, y recibidos por **ALEXANDER MILLÁN**, gerente de proyectos de **TOTAL**

¹⁸ "PARÁGRAFO SEGUNDO. TOTAL PETROLEUM podrá ejercer una opción de compra sobre el EQUIPO que se entrega en calidad de alquiler mediante este contrato. El valor de venta del EQUIPO será acordado por las Partes por escrito. TOTAL PETROLEUM podrá hacer uso de dicha opción de compra mediante notificación escrita dirigida a ATINA ENERGY, con una antelación de sesenta (60) días calendario previo a la fecha de terminación del presente contrato."

¹⁹ **En ese sentido acordaron: a) Gozar de la cosa, según los términos contrato.** En la "CLÁUSULA 1. OBJETO 1. Parágrafo Primero. TOTAL PETROLEUM se compromete a usar el equipo de acuerdo con sus especificaciones, y bajo ninguna circunstancia podrá destinarlo a trabajos distintos para los cuales fueron constituidos"; b) **Velar por la conservación de la cosa arrendada.** "CLÁUSULA 8. CUSTODIA DEL EQUIPO" TOTAL PETROLEUM será responsable del equipo durante todo el periodo que este en su custodia hasta que sea devuelto en la base de ATINA; c) **Pagar el precio o renta pactado.** "CLÁUSULA 2. PRECIO" por un valor diario de NOVECIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE -\$900.000 M/CTE diarios más IVA) Y "CLÁUSULA 3. FORMA DE PAGO": TOTAL deberá pagar una tarifa de alquiler mensual a favor de ATINA, en la siguiente mensualidad vencida a la fecha de suscripción de este contrato y dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a las fechas de radicación de las cuentas de cobro; d) **Restituir o devolver la cosa a la terminación del contrato.** TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S "12. Deberá garantizar que el equipo se encuentra en el mismo estado en que se lo entregó ATINA, en caso contrario deberá costear las reparaciones."

PETROLEUM, en la base ubicada en Puerto Alonso Barrancabermeja y que estaban siendo utilizados en el mismo pozo operativo que dicha empresa tenía a su cargo.

4. LOS INCUMPLIMIENTOS QUE SE LE ENROSTRAN A TOTAL PETROLEUM SERVICES.

Como ha quedado dicho, la convocante se duele de que el 26 de octubre de 2015, la deudora devolvió de manera anticipada e incompleta el camión bomba con winche, con unos daños que la convocante estima en la suma de \$52.696.039, así como la unidad de pulling frank.

Añadió que ésta usó y explotó el camión bomba con winche en el periodo comprendido entre el primero (1) de julio de dos mil quince (2015) y el veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015), lapso durante el cual emitió las siguientes facturas de venta: a) factura No. 714 de 5 de agosto de 2015, por valor de \$32.364.000; b) factura No. 717 de 3 de septiembre de 2015, por valor de \$32.364.000; c) factura No. 720 de 2 de octubre de 2015, por valor de \$31.320.000; d) factura No. 725 de 3 de diciembre de 2015, por valor de \$27.144.000.

Otro tanto ocurrió respecto de la unidad de pulling frank, toda vez que fue usada por **TOTAL** en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 y el 26 de octubre de ese mismo año, época durante la cual **ATINA ENERGY** emitió las siguientes facturas de venta: a) factura No. 715 de 5 de agosto de 2015, por valor de \$197.780.000; b) factura No. 716 de 3 de septiembre de 2015, por valor de \$197.780.000; c) factura No. 719 de 2 de octubre de 2015, por valor de \$191.400.000; d) factura No. 724 de 3 de diciembre de 2015, por valor de \$165.880.000.

Añadió que, como quiera que dicha demandada incumplió con el pago de la tarifa acordada, debió iniciar proceso ejecutivo para cobrar el monto de las reseñadas facturas.

4.1. La entrega de títulos valores en pago de obligaciones contractuales. Ejercicio de la acción causal.

Como acaba de decirse, la acreedora emitió y la deudora las aceptó, distintas facturas cambiarias enderezadas al pago del alquiler de los equipos arrendados. Dada la falta de pago de las mismas, adelantó acción ejecutiva ante el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, el cual, mediante providencia del 25 de agosto de 2017, como así lo aseveró la parte convocante en los hechos 19 y 20 de la demanda, ordenó seguir adelante con la ejecución.

Dicho proceso, según se deduce de la declaración que rindió en este proceso el señor **YEBRAIL HERRERA DUARTE**, quien funge como liquidador de la empresa **TOTAL PETROLEUM**, se acumuló al trámite liquidatorio que se adelanta contra ésta, y los créditos respectivos aparecen relacionados en el proyecto de calificación y graduación de créditos.

En ese sentido, afirmó el liquidador de la sociedad demandada al absolver el interrogatorio de parte²⁰ para el que fue citado, lo siguiente:

“DR. PÁEZ: Pregunta No. 1. ¿Infórmele al despacho en su calidad de liquidador qué facturas pendientes encuentra de pago derivado del contrato suscrito entre Atina Energy Corp y la sociedad Total Petroleum Services SAS?”

“DRA. SILVA: El doctor Páez le va a poner de presente el expediente para que pueda verificar.”

DR. PÁEZ: Se lo pongo de presente, contrato de alquiler de equipo y sirve a folio 001 hasta sus modificaciones, hasta la página 27.

SR. HERRERA: De acuerdo con el radicado número 2018-

²⁰ Interrogatorio de Parte de Yebrail Herrera Duarte Liquidador de Total Petroleum Services S.A.S. En Liquidación Audiencia 26.03.2019.

01430659 de fecha 28 de septiembre de 2018 se reconocen 8 facturas, factura 714, 715, 716, 717, 719, 720, 124 y factura 725 que es el documento de proyecto de calificación y de graduación de créditos y de terminación de derechos de voto, radicado en la superintendencia de sociedades.

DRA. SILVA: ¿Podría verificar en el folio que le puso de presente el doctor Páez esa información que usted está mencionando?

DR. PÁEZ: Pregunta No. 2. ¿De acuerdo con su respuesta anterior informe al despacho si son las facturas que obran desde el folio 053?

SR. HERRERA: Sí señor, las facturas presentadas coinciden con el proyecto de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de obra... Superintendencia de Sociedades.

DR. PÁEZ: Pregunta No. 3. De acuerdo a la orden impartida por el Tribunal y los documentos por usted presentados, informe al despacho cuál es el objeto del documento factura...número 02DE3613, obrante al folio 87.

DR. GÓMEZ: Yo quisiera revisar los documentos.

DRA. SILVA: Sí, aunque al final de la declaración podríamos también.

DR. GÓMEZ: Sí, pero es que precisamente para objetarlo eventualmente necesito verificarlo antes para saber si.

SR. HERRERA: antes de contestar esta pregunta quiero decir que de actos antes del 14 de noviembre de 2018 no doy constancia, no doy fe, solamente lo observado en esos documentos, 14 de noviembre del 2018 fue mi posesión como liquidador, entonces ese comprobante lo que observo es que una nota de contabilidad combinada con una factura de compra, es lo que observo de ese comprobante, quiero decir que la superintendencia de sociedades, inició la liquidación de esta entidad por abandono de negocios, en su vista inventario a su domicilio no encontró ningún documento, ni ningún activo, la liquidadora anterior entregó una información financiera no con soportes anteriores de la contabilidad, por lo tanto lo que manifiesto es lo que observo en ese documento.”

Es incuestionable, por consiguiente, que con base en la señalada relación subyacente, esto es, la derivada del contrato de arrendamiento, la deudora

aceptó las reseñadas facturas, a la par que la acreedora, aquí convocante, una vez las recibió ejercitó la acción cambiaria pertinente con miras a obtener la satisfacción de la deuda correspondiente a los cánones insolutos. No obstante, pretende ahora ejercitar paralelamente la relación causal, es decir, la derivada del contrato de arrendamiento para que se declare el incumplimiento de la inquilina convocada y, subsecuentemente, se declare la resolución (terminación) del contrato con la indemnización de perjuicios correspondiente²¹.

Dispone el artículo 882 del Código de Comercio que:

“La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

“Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental,

²¹ Ciertamente, reclama lo siguiente:

“ POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE:

“(…) Respecto del Contrato de Alquiler del Camión Bomba con Winche de fecha 20 de mayo de 2015, la suma de CIENTO VEINTITRÉS MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$123.192.000), correspondiente al valor de los cánones de alquiler de este equipo generados en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 al 26 de octubre de 2015.

“(…) Por la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$52.696.039), correspondiente al valor de las herramientas y accesorios del equipo Camión Bomba con Winche dejados de entregar por parte de TOTAL.

“Respecto del Contrato de Alquiler de la Unidad de Pulling Frank de fecha 20 de mayo de 2015, la suma SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$752.840.000), correspondiente al valor de los cánones de alquiler de este equipo generados en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2015 al 26 de octubre de 2015.

“POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE:

“(…) Respecto del Contrato de Alquiler del Camión Bomba con Winche de fecha 20 de mayo de 2015, la suma de SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS DOS MIL PESOS M/CTE (\$71.702.000), correspondiente al valor dejado de percibir por mi mandante por el hecho de no haber podido disponer de los cánones descritos en la cláusula 4.1.1. Este valor se obtiene de liquidar los intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera desde el vencimiento de cada uno de dichos cánones y hasta el 31 de agosto de 2017, fecha en que se hizo la correspondiente liquidación.

“Por los intereses de mora sobre la suma de capital relacionada en el numeral 4.1.1 y 4.1.2 liquidados a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera que se causen a partir del 1º de septiembre de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo.

“Respecto del Contrato de Alquiler de la Unidad de Pulling Frank de fecha 20 de mayo de 2015, la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$431.543.000), correspondientes al valor dejado de percibir por mi mandante por el hecho de no haber podido disponer de los cánones descritos en la cláusula 4.1.3. Este valor se obtiene de liquidar los intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera desde el vencimiento de cada uno de dichos cánones y hasta el 31 de agosto de 2017, fecha en que hizo la correspondiente liquidación.

“Por los intereses de mora sobre la suma del capital relacionado en el numeral 4.1.3 liquidados a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera que se causen a partir del 1º de septiembre de 2017 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo”.

devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

“Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”.

En ese orden de ideas, por mandato de la trasuntada regla, cuando el acreedor recibe del deudor un título valor de contenido crediticio con el fin de solucionar una obligación originada en un negocio jurídico preexistente, acepta que ésta, la prestación subyacente, sea sustituida por un pago indirecto mediante el cobro o la negociación del título recibido, configurándose de ese modo una “*cesio pro solvendo*” que aun cuando no extingue absoluta e instantáneamente la relación originaria, en cuanto es posible que el acreedor la haga obrar, en las concretas condiciones previstas en el ordenamiento, sí impide el ejercicio concomitante de ambas acciones. Al respecto, tiene dicho de manera reiterada e invariable la Corte:

“Por lo tanto, cuando se ha entregado con fines solutorios un título valor de contenido crediticio, se efectúa el pago de la obligación, pero no un pago puro y simple sino sometido a condición resolutoria en caso de que el instrumento no sea descargado de cualquier manera, por lo que, mientras esté pendiente dicha condición, ‘la obligación que se reputa saldada no tiene la calidad de exigible y por ende contra el acreedor ninguna prescripción corre respecto de acciones a su favor derivadas de la relación causal’²².

“Una vez cumplida la condición resolutoria a pesar de la conducta diligente del acreedor para el cobro del título, se reactiva el negocio jurídico que dio base a la expedición del instrumento y vinculó a las partes en conflicto, el cual, como lo señaló esta Corporación en la sentencia citada ‘no es ciertamente un resurgir omnímodo que faculte a ignorar de plano el ensayo de pago ocurrido, sino que lo restringen precisos límites previstos por el legislador para evitar abusos originados en la pluralidad de acciones disponibles e incompatibles en cuanto a sus posibles objetivos, ya que de no existir tales

²² Sent. 279 de 30 de julio de 1992.

restricciones el deudor podría acabar pagando varias veces una misma obligación o lo que también reviste singular gravedad, verse obligado a cubrir indebidamente prestaciones materia de deudas desaparecidas’.

(...)

“En relación con la pretensión primera subsidiaria en la que el demandante impetra la resolución del pago efectuado con el pagaré otorgado por cuanto no fue descargado, para que prospere y pueda hacerse efectivo el pago de la obligación fundamental, tiene como requisito entregar el título valor o en su defecto prestar caución para garantizar los eventuales perjuicios que puedan seguirse para el deudor por la no devolución oportuna del instrumento, sin que del texto de la norma, inciso segundo del artículo 882, pueda establecerse, como pretende el casacionista, que esta carga procesal es una condición para la eficacia de la sentencia pero no para la procedibilidad de la acción, pues la ley así no lo establece, y por consiguiente esta es una interpretación acomodada del recurrente que no se compagina con la filosofía de dicha norma. Sobre este particular la Corte ha dicho que ‘(...) de acuerdo con las normas generales, si al acreedor le bastara con demostrar la existencia de la obligación originaria o fundamental, esto es la nacida del contrato, y con afirmar que el deudor no la ha satisfecho, para en tal virtud demandar la resolución, en el caso especial del artículo 882 del Código de Comercio, ese acreedor como tenedor del título valor que recibió en pago (...) bien podría exigir igualmente que éste le fuera pagado. Mas aún, esa posibilidad de cobro del título valor la tendría cualquier endosatario o tenedor del mismo, que sería tercero en el contrato que le dio origen. Esta mera posibilidad debe precaverse y evitarse a todo trance, porque comportaría nada menos que el ejercicio simultáneo de dos derechos que en forma alternativa concede para los contratos bilaterales el artículo 1546 del Código Civil, lo que es absurdo. La única manera de impedir que se produzca esa ocurrencia a todas luces inmoral e injurídica, es precisamente la de exigir al demandante en acción resolutoria de contrato bilateral que presente el título valor que había recibido en pago de la obligación a su favor (...) o que preste caución para garantizar al deudor los perjuicios que pueda causarle, entre los cuales está la posibilidad del ejercicio simultáneo de la acción resolutoria y de la cambiaria derivada del título valor (...)’ ” (Sentencia del 14 de marzo de 2001).

Reluce indiscutible, entonces, que la opción que tiene el acreedor de una relación sustancial originaria que ha recibido un título valor de contenido crediticio en pago

de la deuda nacida del contrato, para acudir a las acciones causales es, en verdad, una potestad bastante limitada, toda vez que está confinada al cumplimiento de distintas condiciones, entre ellas, la de devolver el instrumento con miras a impedir que el deudor se vea expuesto a un doble cobro y, obviamente, a que se ejerciten simultáneamente dos acciones incompatibles: la de cumplimiento y la resolutoria.

En el asunto sometido a la consideración de este Tribunal es palpable que, de un lado, la acreedora convocante inició proceso de ejecución contra la arrendataria incumplida con base en las facturas cambiarias que ésta aceptó para cubrir el monto de la renta debida; y, de otro, que esa acción se encuentra vigente en la medida que, conforme lo aseveró el liquidador, hace parte del proyecto de calificación y graduación de créditos que debe adoptarse.

No le era dado, subsecuentemente, al actor, ejercitar concomitantemente con la acción de terminación del contrato por el incumplimiento de la arrendataria en el pago de la renta adeudada, la reclamación, a manera de indemnización de perjuicios, de los cánones adeudados y, a su vez, la acción cambiaria de cobro de los títulos valores de contenido crediticio, habida cuenta que si bien no se niega que el pago que los mismos entrañan se encuentra supeditado a una condición resolutoria en caso de que no se honre la obligación, no es menos cierto que la posibilidad del acreedor de acudir a las acciones propias de la relación subyacente estaban condicionadas a que aportara los títulos valores pertinentes o prestara caución para garantizar los perjuicios que ocasionara a la convocada, nada de lo cual ocurrió en este caso.

En otros términos: le estaba vedado al demandante reclamar, en ejercicio de la acción causal, la terminación del contrato y, a manera de indemnización de perjuicios, el pago de los cánones adeudados por la arrendataria y, simultáneamente, impetrar la ejecución de los títulos valores de contenido crediticio expedidos para solucionar la renta.

No sobra advertir, al paso, que no abriga dudas el Tribunal de que en el aludido

proceso ejecutivo se ejerció la acción cambiaria propia de las facturas de venta ya relacionadas, toda vez que, por una parte, en los fundamentos de derecho de la demanda respectiva (folio 21 cuaderno principal), se citan como fundamento de derecho de la pretensión los artículos 619, 621, 731 del Código de Comercio y la Ley 1676 de 2013, al paso que el mandamiento de pago se soportó en los artículos 619 a 621, 772, 773 y 774 ejusdem, relativos, como se sabe, a los requisitos de los títulos valores en general y de las facturas cambiarias en particular.

4.2. La pretensión resolutoria del arrendamiento.

Como ya ha quedado dicho, la parte convocante reclama que se declare que **TOTAL PETROLEUM** incumplió las obligaciones a su cargo al no satisfacer los cánones de arrendamiento de los mencionados equipos y, por consiguiente, que se “*DECLAREN resueltos*” los mismos y que satisfagan los perjuicios que recibió por daño emergente y lucro cesante.

Dejando de lado la imprecisión en la que incurre el actor al impetrar la resolución de un contrato de tracto sucesivo como lo es el de arrendamiento de cosas, no susceptible, en estrictez, de esa pretensión, pero interpretando la demanda, como es del caso hacerlo, en el sentido de entender que en realidad pretende la terminación del mismo que, a diferencia de aquella otra no produce efectos retroactivos, lo cierto es que no es dable acceder a ese pedimento, no sólo por lo anteriormente dicho respecto al ejercicio de la acción causal cuando hubo de por medio la emisión de títulos valores para cubrir las obligaciones derivadas de la relación subyacente, sino, fundamentalmente, porque el contrato de arrendamiento se extinguió por la devolución de los equipos arrendados como, sin ambages, se afirmó en la demanda incoativa de este proceso.

Ciertamente, en los hechos 6º y 15º de la misma, el 26 de octubre de 2015, **TOTAL PETROLEUM** devolvió de manera anticipada e incompleta el camión bomba con winche, con unos daños que la convocante estima en la suma de \$52.696.039, así como la unidad de pulling frank. Esa

aseveración aparece respaldada por la declaración de la señora Tricia Nataly Narváez Sánchez, quien fungía, a la sazón, como gerente administrativa y financiera de **ATINA** y quien aseveró que:

“(...) en su momento cuando nosotros fuimos a recoger el equipo la persona que estaba allá de TPS que era un operador nosotros le receptionamos el equipo, porque fuimos a recogerlo al pozo (...) El acta de entrega la firmó no un representante legal la salida del equipo que la firmó el mismo Alexander, en este caso nos la firmó un trabajador de TPS”.

En consecuencia, si los equipos fueron devueltos anticipadamente con la aquiescencia de la convocante, se impone inferir que la relación arrendaticia se extinguió anticipadamente el 26 de octubre de 2015, fecha en que fueron restituidos a la arrendadora. Por supuesto que tal como lo prescriben los artículos 1602 y 1625 del C.C., la convención de las partes puede dar lugar a la extinción de la relación contractual, motivo por el cual, existiendo el mutuo designio de entregar y de recibir los equipos dados en arrendamiento y habiéndose ejecutado esa convención, el contrato, por sustracción de materia y decisión de las partes, dejó de existir desde esa época.

4.3. En todo caso, es patente que, ante el incumplimiento de la demandada **TOTAL PETROLEUM**, la parte convocante ha ejercido simultáneamente tanto la acción de cumplimiento (ejecución del crédito) como la resolutoria (terminación del contrato), tratándose de pretensiones francamente incompatibles.

En efecto, el artículo 1546 del Código Civil señala en forma alternativa para el acreedor el ejercicio de la una o la otra, pero no le permite activarlas simultáneamente pues la elección de una excluye la otra. Habiendo optado inicialmente por la ejecución del crédito, actuación que aun cuando, hay que admitirlo, cuenta con poca posibilidad de éxito, lo cierto es que se encuentra vigente, intenta ahora la terminación del contrato con la subsecuente indemnización de perjuicios, entre ellos, el cobro de la renta

que, así mismo, persigue en el juicio ejecutivo.

Colígese, a modo de corolario que, por las razones anotadas, no se abrirán paso las pretensiones principales 2, 3, 4.1, 4.1.3, 4.2.1, 4.2.1.1, 4.2.2, 4.2.2.1. No sobra advertir, que el pedimento primero de la demanda no constituye, en verdad, una pretensión, pues concierne, simplemente, con la configuración del Tribunal de arbitraje.

4.4. La pretensión relacionada con el pago de las herramientas y accesorios del camión bomba.

La pretensión relacionada en el ordinal 4.1.2 de la demanda concierne con la petición de pago del valor de las herramientas y los accesorios del equipo camión bomba con winche que, según lo aseveró el demandante, fueron dejados de entregar por **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S**, y que corresponde a un monto de \$52.696.039.

Ciertamente, dentro del objeto del contrato de alquiler del camión bomba con winche se acordó que éste debía ser restituido junto con las herramientas y accesorios descritos en el anexo 1²³. En ese mismo sentido se advierte que **ATINA ENERGY SERVICES CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, hizo entrega de la unidad de pulling frank²⁴ y del camión bomba²⁵ junto con los accesorios respectivos el 1º de julio de 2015. Empero, según la accionante, los accesorios no fueron devueltos en su integridad por **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S**.

Y si bien esa negación no aparece desvirtuada en el proceso, lo cierto es que no hay lugar a conceder esa reclamación de la actora, por las razones que pasan a exponerse a continuación:

²³ Visible a folio 30 del cuaderno de pruebas n° 1.

²⁴ Acta de entrega de folios 28 a 33 del cuaderno 1 de pruebas.

²⁵ Acta de entrega de folios 34 a 49 del cuaderno 1 de pruebas.

4.4.1. Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad.

No es necesario ahondar en agudas disquisiciones para colegir que, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, le es dado a las partes de un contrato establecer el régimen de responsabilidad al que quedan sometidas, respetando, eso sí, las restricciones legales insalvables.

Por supuesto que, en la materia, el carácter supletorio de las normas legales queda puesto de presente por el mismo artículo 1604 del Código Civil²⁶, el cual, luego de determinar las reglas de responsabilidad que gobiernan los contratos, prescribe que: *“Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”* (Se subraya).

Empero, esa potestad de las partes para configurar el régimen de responsabilidad al que convencionalmente optan por someterse no es absoluto, razón por la cual no pueden sustraerse de las demarcaciones que el mismo ordenamiento les impone.

En sentencia del 8 de septiembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia colombiana sostuvo:

“A tal conclusión se llega, en primer término, por el tratamiento que de tiempo atrás la jurisprudencia nacional, otorga a las cláusulas limitativas de responsabilidad, pactos dispositivos expresos, claros e inequívocos para disciplinarla anteladamente con la alteración, variación, o modificación del régimen normativo ordinario, bien por el incumplimiento de una relación jurídica preexistente, ya por los riesgos inherentes a su

²⁶ ARTICULO 1604 del C.C. “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio (...) El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega (...) Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes

ejecución, ora por el quebranto de otros derechos e intereses protegidos, y en concreto, de sus elementos o presupuestos estructurales, o sea, el daño, el nexo causal y el factor de imputación, el quantum, la modalidad, forma y alcance de la indemnización respectiva con límites cuantitativos o cualitativos en su naturaleza, contenido o su extensión.

“Desde el año de 1936 en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia se ha desarrollado con algún detalle, y con base en las reglas generales sobre obligaciones y contratos, el tema de la validez de las cláusulas de limitación y exclusión de la responsabilidad de las partes, y se han establecido límites a este tipo de pactos. En los primeros pronunciamientos sobre el tema (cas. civ. sentencias de 9 de diciembre de 1936, G.J. XLIV, pp. 405 y ss. y de 15 de julio de 1938, G.J. XLVII, pp. 68 y ss.), la Sala reconoció que a las partes de un contrato les asiste derecho a pactar un grado de responsabilidad distinto del ordinario para efectos de aligerar o disminuir sus riesgos en caso de inejecución de sus obligaciones. Sin embargo, ya desde entonces, sostuvo que dicha facultad no es omnímoda, pues no les está permitido a las partes pactar la exclusión total de su responsabilidad. Ello no sólo contradiría el concepto de la “obligación”, sino también el espíritu de distintas normas del Código Civil que sancionan tales cláusulas con nulidad, como los artículos 1895, 1522, 63 y 1604. Se consideró, ab initio que, en tales cláusulas va envuelta una condonación del dolo futuro de una de las partes, pues al pactarse su irresponsabilidad, implícitamente se está tolerando que sea negligente en la ejecución de sus obligaciones. (Se destaca).

“Al respecto, en la sentencia de 9 de diciembre de 1936, la Corte precisó que, “[l]a eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos ha sido cuidadosamente estudiada por los autores, sea desde el punto de vista de la culpa, sea desde el de la carga de los riesgos, y ellas han dado lugar a la tesis llamada de la inversión de la carga de la prueba. No obstante la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad, es todavía objeto de vivas discusiones [...] el art. 1604 del C. C. al precisar la responsabilidad general que corresponde al deudor según la naturaleza de los contratos que celebre y al dar la norma para la carga de la prueba de las obligaciones contractuales, permite a las partes estipular expresamente una responsabilidad especial y modificar consecuentemente la regla sobre la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Relacionando tal precepto con los arts. 63 y 1522, siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que la inejecución de su obligación debido a dolo o a su culpa grave (...)” (XLIV, pp. 405 y ss.).

*“Más adelante (cas. civ. sentencia de 6 de marzo de 1972, G.J. CXLII, pp. 98 y ss.), la Corte admitió bajo condiciones estrictas la exclusión de la responsabilidad de alguna de las partes cuando refiera a culpa leve y levísima. Dijo entonces, ‘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 materia 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 leve 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**’.*

“Con la jurisprudencia reseñada puede concluirse que, 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.

“En análogo sentido, los principios generales de las obligaciones y contratos establecen una fuerte limitación a la libertad de las partes en este sentido. Así, ex artículo 872 del estatuto mercantil, “[c]uando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. Los contratos sinalagmáticos, conmutativos o de prestaciones correlativas, por su propia estructura funcional deben guardar un mínimo de proporcionalidad entre las prestaciones asumidas por los distintos sujetos. Y si dicha relación no existe, porque la obligación de una de las partes contratantes es ínfima comparada con la de su contraparte, la situación se asimila a la que existiría si no se hubiera pactado dicha contraprestación (...).”

4.4.2. La limitación de responsabilidad en este asunto.

En el contrato de arrendamiento con opción de compra – camión bomba con winche, fue consignada la cláusula 16 en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 16. RESPONSABILIDAD. Ninguna de las partes será responsable para con la otra Parte por ningún lucro cesante, daño emergente, daños incidentales, consecuenciales, especiales, indirectos, punitivos o similares. La aplicación de la presente cláusula está sujeta a lo dispuesto por la ley aplicable. Nada de lo dispuso en esta Sección, que limita la responsabilidad de alguna de las Partes, se aplicará cuando se hubiere determinado por Autoridad Competente, que la Pérdida sea consecuencia directa del dolo de dicha Parte. Para efectos de este Contrato, “Pérdida” significa daños, reclamaciones, responsabilidades, perdidas, laudos, sentencias, multas, intereses, costos y gastos incluyendo honorarios razonables de abogado, ya sea que surjan por responsabilidad extracontractual, contractual o de otro tipo. Para evitar la ambigüedad frente a los múltiples reclamos que surjan, o que se basen en un mismo hecho, error u omisión o serie de actos, errores u omisiones continuos interrelacionados o repetidos, éstos serán considerados como una sola Pérdida.”

A, su vez, en el Contrato de arrendamiento con opción de compra de la unidad pulling frank, la cláusula 17 prevé:

“CLÁUSULA 17. RESPONSABILIDAD. Ninguna de las partes será responsable para con la otra Parte por ningún lucro cesante, daño emergente, daños incidentales, consecuenciales, especiales, indirectos, punitivos o similares. La aplicación de la presente cláusula está sujeta a lo dispuesto por la ley aplicable. Nada de lo dispuso en esta Sección, que limita la responsabilidad de alguna de las Partes, se aplicará cuando se hubiere determinado por Autoridad Competente, que la Perdida sea consecuencia directa del dolo de dicha Parte. Para efectos de este Contrato, “Perdida” significa daños, reclamaciones, responsabilidades, perdidas, laudos, sentencias, multas, intereses, costos y gastos incluyendo honorarios razonables de abogado, ya sea que surjan por responsabilidad extracontractual, contractual o de otro tipo. Para evitar la ambigüedad frente a los múltiples reclamos que surjan, o que se basen en un mismo hecho, error u omisión o serie de actos, errores u omisiones continuos interrelacionados o repetidos, éstos serán considerados como una sola Pérdida.”

No puede negarse la ambigüedad de esas estipulaciones pues, por una parte parecieran encaminarse a liberar a las partes de responsabilidad para con la otra por todo “*lucro cesante, daño emergente, daños incidentales, consecuenciales, especiales, indirectos, punitivos o similares*”, lo que, a la postre, aparejaría una exclusión absoluta de responsabilidad, pacto este que, como ha quedado dicho, sería abiertamente nulo si mediante el mismo el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su dolo o culpa grave. Sin embargo, más adelante los contratantes acordaron que: “*Nada de lo dispuesto en esta Sección, que limita la responsabilidad de alguna de las Partes, se aplicará cuando se hubiere determinado por Autoridad Competente, que la Pérdida sea consecuencia directa del dolo de dicha Parte (...)*”, esto es, que de manera tajante reducen el ámbito de la exoneración de responsabilidad en cuanto ésta no cobija los daños provenientes del dolo del obligado.

Si bien, como se dijera, en la aludida cláusula acordaron en los términos reseñados la precedente limitación de responsabilidad, no es menos cierto que en la cláusula 12 de los contratos estipularon lo siguiente:

“DEVOLUCIÓN Y MANTENIMIENTO DEL EQUIPO.

“12.1 Las partes acuerdan que la devolución del EQUIPO deberá efectuarse en la Base de ATINA ENERGY. Al momento de la devolución del EQUIPO, ATINA ENERGY deberá verificar que el EQUIPO cuentan (sic) con la totalidad de los elementos señalados en el Acta de Entrega; para estos efectos, las partes delegan un representante para recibir y entregar el EQUIPO y suscribir un Acta de Devolución de EQUIPO.

“Al momento de la restitución del EQUIPO, TOTAL PETROLEUM deberá garantizar a ATINA ENERGY que el EQUIPO se encuentra en el mismo estado en que se los entregó ATINA ENERGY, salvo por el uso y desgaste normal. En consecuencia, que el EQUIPO se encuentra limpio y en condiciones óptimas para operar tal y como lo estaba al momento de la entrega por parte de ATINA ENERGY.

“Por lo tanto, en caso de que los mismos no sean devueltos en

las condiciones aquí descritas, ATINA ENERGY recibirá el EQUIPO, bajo la salvedad de que TOTAL PETROLEUM asumirá los costos de las reparaciones, limpieza ajustes que ATINA ENERGY le indique son necesarias. En consecuencia, todos los costos de las reparaciones limpieza, ajustes del EQUIPO serán en su totalidad por TOTAL PETROLEUM.

“12.2 Las Partes acuerdan que el mantenimiento (independientemente del tipo de mantenimiento) de EL EQUIPO será asumido así (i) Todo gasto de mantenimiento que sea igual o menor de USD\$10,000 será asumido en su totalidad por TOTAL PETROLEUM (ii) Todo gasto de mantenimiento que sea mayor a USD \$10,000 será asumido por ATINA ENERGY.

Para efectos de revisar el costo de cualquier mantenimiento cuando su costo sea mayor a USD\$10,000, TOTAL PETROLEUM deberá solicitar como mínimo dos (2) cotizaciones para realizar los mantenimientos y presentarlas a consideración de ATINA ENERGY para que esta última apruebe una de las cotizaciones. En caso de que TOTAL PETROLEUM omita realizar el procedimiento aquí señalado, ATINA ENERGY no será responsable por el pago del mantenimiento.

Las partes entienden que el mantenimiento al cual se hace referencia en esta cláusula se refiere aquel que es necesario para la operación de EL EQUIPO cuando el mismo no fue causado por negligencia o mal manejo del EQUIPO de parte de TOTAL PETROLEUM, la totalidad del mantenimiento lo deberá asumir TOTAL PETROLEUM”

Como fácilmente se advierte, se trata de un pacto específico y especial en torno a las obligaciones concernientes con el mantenimiento y devolución del equipo.

Desde luego que dentro de las obligaciones a cargo del arrendatario se encuentran las concernientes con conservar y restituir la cosa debida (artículos 1997 y 2005 del Código Civil).

*“Individualmente considerada, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, esto es desligándola de la prestación de restituir, la de **guardar** es una obligación de hacer que consiste en desplegar una actuación de protección de la cosa, esto es, de mantenerla en un lugar seguro, cuidarla y sustraerla de los diversos peligros que puedan acecharla. Se trata, pues, de un deber de actividad orientado a vigilar el bien para evitar su pérdida o destrucción y,*

*en su caso, a recuperarlo mediante las acciones que estén a su alcance. (...) Parejamente con esta obligación de estirpe tuitiva, tiene la de **conservar** la cosa, es decir, la de velar por su integridad y entidad. De ahí que no le baste simplemente con adoptar medidas de precaución, porque ocasiones hay en las que le son exigibles actos de manutención, como acaece v.gr., cuando se trate de animales; al paso que en otras oportunidades le corresponderá acondicionar lugares especiales para guardarla, como acontece, por ejemplo, con la necesidad de adaptar cuartos con ciertas condiciones climáticas, etc.”*

*“(…) Y aunque los referidos deberes de guarda y conservación, vistos aisladamente (como lo hace, por ejemplo, el artículo 2419 del Código Civil), puedan tildarse de obligaciones en las que solamente se puede reclamar del deudor diligencia y cuidado, lo cierto es que en tratándose de la prenda y otros negocios jurídicos que le son afines, ellas están íntimamente ligadas con la obligación de **restituir** (que es obligación de resultado), al punto que se impone afirmar como conclusión que en dichos contratos se guarda y conserva la cosa en forma adecuada, justamente para poderla restituir del modo debido. Es decir, que ese deber de restitución ‘justifica y valida’ el cumplimiento de aquellas otras dos obligaciones; desde luego que el pignorante solamente se declarará satisfecho cuando el bien le ha sido debidamente devuelto, lo que hará presumir que éste fue custodiado y conservado en forma idónea, inferencia que opera en ese sentido y no en el contrario. (...) Es decir que, como lo anota Álvaro Pérez Vives, al referirse a las obligaciones que suelen llamarse ‘de resultado’, el deudor ‘debe cumplir una prestación precisa, ejecutar un hecho o abstenerse de hacerlo, la no obtención del resultado hace incurso en culpa al contratante, que debe probar, para liberarse, la causa extraña o la ausencia de culpa según el caso’ (Las garantías Civiles. Temis. Pág.289). (...) Que las cosas son de ese modo es cuestión que no llama a duda, pues conforme a las prescripciones del artículo 1730 del Código Civil, ‘siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya’, presunción que pone a quien adeuda un cuerpo cierto que ha perecido en vías de indemnizar al acreedor del mismo”. (Sentencia del 24 de octubre de 2005).*

Relativamente a estas obligaciones, las partes acordaron un régimen de responsabilidad concreto, distinto y desligado de lo convenido en la trasuntada cláusula 16. Ciertamente, como se deduce de su redacción, pactaron para este caso el régimen de responsabilidad propio del

incumplimiento de una obligación de resultado, sin morigeraciones ni esquinces de ninguna especie.

En lo concerniente con el contrato de arrendamiento del camión bomba con winche, se lee exactamente lo mismo a aquello que fue convenido en la cláusula 12 ya citada.

Como sin dificultad se advierte, en lo relativo a las condiciones de devolución de los equipos y los gastos que implicara hacerla en las condiciones en la que las recibió la arrendataria, ésta asumió la obligación de realizar los gastos que fuera necesario para cumplir con su obligación, sin sujetarla a que se hubiesen causado en una actuación dolosa.

Siendo de ese modo las cosas, se impone establecer si la arrendataria demandada infringió las obligaciones a su cargo y, de ser así, si están acreditados los perjuicios alegados en la demanda. Y en punto de dilucidar lo anterior, prontamente advierte el Tribunal que en el proceso no obra prueba de dichos perjuicios.

En efecto, no obran copias de las actas en las que conste el estado en el que **ATINA** le entregó las máquinas a **TOTAL PETROLEUM**, junto con los accesorios que las acompañaban. Tampoco se allegaron las copias de las actas en las que constara el estado en el que **TOTAL PETROLEUM** las restituyó a **ATINA** ni los accesorios y herramientas que aquella devolvió. De la comparación de una y otra podría deducirse el faltante.

De otro lado, el demandante reclama como indemnización el pago de la suma de \$52.696.039, correspondiente al daño derivado de la falta de entrega de las herramientas y accesorios del camión bomba. Empero, al ser interrogada sobre las condiciones de devolución de los equipos, la testigo **TRICIA NATALY NARVAEZ SÁNCHEZ** dijo:

“No, restitución en las condiciones que nosotros entregamos el equipo no, nosotros tuvimos que incurrir en el gasto que no teníamos contemplado de ir a recoger nuestro equipo hasta el lugar donde ellos lo tenían operando, esperar a que terminaran el pozo operativo que estaban ejecutando y retirar nuestra unidad básica, bueno el equipo de (...) y retirar el camión bomba.

“Sin embargo, en el momento en que retornó a la base se notaba que no tenía el desgaste normal de uso sino desgaste de un mal uso operativo del equipo, hace poco hace más o menos año y medio, dos años tuvimos que hacer una inversión millonaria a la unidad y a la bomba para ponerlos a punto porque en la restitución que nos hicieron encontramos motor fallido, compresores dañados, válvulas equívocas, cambio de las llantas que nosotros colocamos y enviamos en su momento, de las 16 llantas que normalmente tiene un equipo de estos 6 de estas mismas fueron cambiadas por llantas de estado irregular, entonces no fue restituido en las mismas condiciones y no es un desgaste normal el que nos entregaron”. (Se destaca).

Más adelante, al ser interrogada sobre la existencia de un acta en la que se hubiesen relacionado las faltas de la arrendataria respecto de la restitución de los equipos, afirmó concerniente con la devolución de los equipos respondió:

“No, no se incorporaron, ¿en su momento qué hicimos? Esperamos a que terminaran el pozo, estaba lista la camabaja, porque este equipo tiene que transportarse en una camabaja por las dimensiones y más porque por vía nacional no puede ir auto propulsado y el camión bomba un conducto designado para de una vez restituirlo a nuestra base.

“(...) Nosotros les manifestamos mediante un correo a ellos como varios daños que evidenciamos todavía no teníamos el diagnóstico total del motor, ni del compresor, pero sí de algunos daños que evidenciamos unos golpes, luces dañadas, todo esto se manifestó por escrito, por correo, sin embargo pues como siempre nunca tuvimos una respuesta por parte de ellos, a partir del 26 de octubre no tuvimos respuesta de ellos de ningún tipo”.

Como fácilmente se advierte, la testigo alude a otros incumplimientos que el actor no reclama, pero, lo que es más significativo, refiere que las reparaciones se hicieron un año o año y medio antes de la fecha que declara (2019), de modo que debieron acaecer a principio del año 2018.

No obstante, los equipos fueron restituidos el 26 de octubre de 2015, esto es, con más de dos años y medio de antelación. Dada la gravedad de los deterioros a los que hace alusión la testigo, no se explica que hubiese transcurrido un lapso tan excesivamente largo para hacerlo, sobre todo si se tiene en cuenta la rentabilidad diaria de los mismos.

No advierte, entonces, el Tribunal, el nexo causal entre el incumplimiento que se le enrostra a la arrendataria y los perjuicios que describe la testigo, los cuales, por demás, no corresponden a los reclamados en la demanda.

Otro tanto acontece con el certificado expedido por el revisor fiscal de la accionante, toda vez que en el mismo no se alude al conocimiento que de los hechos tuviera el autor del documento y, particularmente, al nexo de causalidad entre esos desembolsos con el incumplimiento de la demandada. Por lo demás, es evidente la discrepancia entre los implementos de las máquinas a los que alude el revisor fiscal y los que relaciona la testigo.

5. LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LOS PEDIMENTOS PRINCIPALES 4.1. Y 4.2. DE LA DEMANDA.

El actor formuló en subsidio de las pretensiones principales 4.1 y 4.2 de la demanda, los siguientes pedimentos subsidiarios:

“PRIMERA. - Que en caso que este Tribunal no acceda a las pretensiones relacionas en los numerales 4.1 y 4.2., solicito se CONDENE a TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S. al pago de las siguientes sumas:

“1.1.- La suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$74.800.000), por concepto de cláusula penal, pactada en el Contrato de Alquiler del Camión Bomba con Winche de fecha 20 de mayo de 2015 (Cláusula 26).

“1.2.- La suma de TRECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$396.000.000) por concepto de cláusula

penal, pactada en el Contrato de Alquiler Unidad de Pulling Frank de fecha 20 de mayo de 2015 (Cláusula 28).

“SEGUNDA. - Que las sumas descritas en los numerales 1.1. y 1.2. de las pretensiones subsidiarias, sean debidamente indexadas desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se efectúe el pago.”.

Para desestimar esos pedimentos basta con memorar lo que ya se dijo con respecto a la imposibilidad de ejercitar las acciones causales cuando, concomitantemente, se ha ejercido la acción cambiaria derivada de un título valor emitido en pago de las obligaciones surgidas del contrato. Por supuesto que cobrar la cláusula penal ajustada en el contrato comporta activar una de las acciones derivadas del negocio jurídico, posibilidad que se hace inviable si, como en su momento se expuso, no se aportan los títulos valores expedidos para satisfacer las obligaciones contractuales o no se presta la caución prevista en el artículo 882 del C. de Co.

De otro lado, las obligaciones con cláusula penal, como es sabido, están reguladas en nuestro ordenamiento en los artículos 1592 a 1601 del Código Civil, así como en el artículo 867 del Código de Comercio y según dichas disposiciones, la pena constituye una cláusula accesorio, cuyo fin consiste en asegurar el cumplimiento de una obligación.

Y, conforme a lo previsto en el artículo 1594 del Código Civil:

“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

En consecuencia, salvo pacto en contrario, no puede pedirse la pena conjuntamente con el cumplimiento de la obligación principal, de modo que el acreedor deberá optar por una de ellas.

En este asunto, **ATINA ENERGY SERVICES CORP SUCURSAL COLOMBIA** eligió, *ab initio*, pedir el cumplimiento de la obligación, a través de la acción ejecutiva de los títulos valores de contenido crediticio (facturas cambiarias), en el Juzgado 13 civil del Circuito que ordenó su pago junto con los intereses pertinentes, ejecución que actualmente se encuentran incorporada al proyecto de graduación de créditos del proceso de liquidación que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades.

En ese orden de ideas, habiendo optado por el cumplimiento de la obligación principal y no habiendo pactado las partes la posibilidad de pedir conjuntamente la pena y el cumplimiento de la obligación, al Tribunal no le queda otro camino que negar las pretensiones subsidiarias de la demanda.

6. LA NATURALEZA DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

En Colombia el seguro de cumplimiento carece de una reglamentación íntegra y precisa, de modo que en ese sentido ha sido destacable el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia patrias encaminado a perfilar sus contornos jurídicos.

El artículo 2º de la Ley 225 de 1938, norma que fue incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como artículo 203, define el objeto del seguro, así:

“1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos. (...)”.

Se trata, pues, atendiendo la clasificación prevista en el artículo 1082 del

Código de Comercio, de un seguro de daños, de carácter patrimonial, en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro).

En torno de su definición el autor Jorge Eduardo Narvárez²⁷ señala:

“Aunque toda definición lleva implícito el riesgo de ser incompleta, bajo una visión puramente descriptiva, puede afirmarse que es una modalidad de los seguros de daños de carácter patrimonial que tiene por objeto garantizar al deudor de una obligación (afianzado) derivada de un contrato o de la ley, ante el eventual incumplimiento en que pueda incurrir respecto del acreedor (asegurado) y que de ocurrir esa contingencia, el asegurador indemnizará”

A su vez, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha puntualizado que:

“Concretamente, en lo que concierne al denominado seguro de cumplimiento (que otros prefieren llamar de fianza o de caución), es oportuno comenzar por acotar que se trata del compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato.

“En consecuencia, en palabras de la Corte, el cometido de esta especie de seguro no es otro que el de “garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento –o en ‘la eventualidad del incumplimiento del deudor’, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’” (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, exp.: 6140). (Sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)”.

6.1. La revocación unilateral del seguro de cumplimiento.

Sostiene la aseguradora convocada que, mediante comunicación del 28

²⁷ El seguro de Cumplimiento de contratos y obligaciones. Jorge Eduardo Narvárez.

de agosto de 2015, **TOTAL PETROLEUM**, en uso de la atribución prevista en el artículo 1071 del C. de Co., revocó unilateralmente la póliza de seguro.

La misiva es del siguiente tenor:

“Neiva, 28 de Agosto de 2015

Señores

LIBERTY SEGUROS S.A.

Ciudad

Ref.: Solicitud Anulación de póliza BO 2516363 Y 2516362

Por medio de la presente comunicación solicitan de su colaboración con proceder con la anulación de las pólizas 2516363 y 2516362, ya que esta no fue aprobada por la entidad contratante debido que no corresponde a lo solicitado por ellos según especificaciones dadas con correo electrónico de fecha de 15 de julio de 2015 y en la cual manifiestan:

"Es mi responsabilidad manifestarles que bajo mi criterio técnico, la redacción contenida en la póliza no.BO 2516363 emitida por Liberty Seguros, no obedece a una garantía de pago, debido a que una garantía de pago no garantiza "PERJUICIOS", y además el texto dice que la garantía se extiende a garantizar el pago de los PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES a cargo del garantizado originados en virtud de la ejecución del contrato S/N CUYO OBJETO ES CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ALQUILER CON OPCIÓN ENTREGA A TITULO DE ALQUILER A TOTAL PETROLEUM UN CAMION BOMBA DESCRITAS EN EL ANEXO NO. 01 JUNTO CON LA HERRAMIENTA Y ACCESORIOS DESCRITOS EN LA RESPECTIVA ACTA DE ENTREGA ACOMPAÑADA DE LAS CERTIFICACIONES E INSPECCIONES VIGENTES DEL EQUIPO. Nótese que en el texto se habla de INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DERIVADA DE UN CONTRATO DE ALQUILER, pero en ningún momento se habla de "PAGOS".

“Además de todo lo expuesto, la GARANTÍA DE PAGO por naturaleza, es a PRIMER REQUERIMIENTO, pues su cobertura no depende de hechos de fuerza mayor o caso fortuito, ni requiere liquidación distinta de la SIMPLE DEMOSTRACIÓN DE LA SUMA NO PAGADA POR EL DEUDOR AFIANZADO.

“Por todo lo anteriormente expuesto, mi recomendación es que se solicite una aclaración a la póliza tratada, mediante anexo

independiente, la cia de seguros, aclare que el objeto específico es GARANTIZAR EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA FIRMA TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S. Referente con realizar los pagos de los respectivos cánones de arrendamiento de los equipos detallados mediante anexo”.

“Por todo lo anterior y debido a que la solicitud de modificación no fue entendida por ustedes me permito remitir los originales firmados por nosotros de las pólizas en referencia para proceder con la respectiva anulación”.

Independientemente de la interpretación que a ese mensaje pudiera dársele, lo cierto es que, conforme lo sustentan la doctrina y la jurisprudencia colombianas, en los contratos de seguro de esta especie no es admisible esa atribución legal de revocar la póliza.

No cabe duda de que el de cumplimiento es una especie de contrato de seguro con particularidades propias, razón por la cual está, así mismo, gobernado por normas especiales que perfilan y afinan su peculiar naturaleza, dejando de lado, inclusive, en no pocos aspectos, las reglas generales.

Refiriéndose al tema, la Corte Suprema colombiana, en fallo del 2 de mayo de 2002, concluyó:

“Y ya se sabe, como adelante se dirá más a espacio, que el seguro de cumplimiento tiene unos matices que al pronto le entregan singularidad, y que visto que hay normas del régimen del seguro en general que le harían la vida poco menos que imposible (verbigracia los artículos 1054, 1055 y 1071 del citado código) emerge indubitable que no pudo pensarse en los seguros de cumplimiento sin pensar al propio tiempo en la supradicha ley 225. De no, absurdo fuera que en el código se haga memoria de un seguro que a la par repudian sus normas. A la verdad, trataríase de una criatura muy extraña, al nacer muerta.

“Y seguramente que al compás de ese fundado marco de cosas es como el estatuto orgánico del sistema financiero hizo acopio de la normatividad comentada (art. 203).

“A modo de síntesis, cabe concluir que, siendo incontestable que

los seguros de cumplimiento no han desaparecido y que la estructura del mismo no se acomoda del todo en el seno del código de comercio, la reglamentación especial de ellas, al no hacer parte del código que se derogaba, ni ley complementaria suya, quedó a salvo de la derogatoria general del artículo 2033. Es la única manera de zanjar el choque que de otro modo se presentaría indefectiblemente entre los artículos 1099 y 2033.

“Dicho esto, y retomando el hilo, dígame ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico.

“La singularidad de tal seguro también tiene, por otra parte, sus proyecciones en punto de su irrevocabilidad. Porque es bien conocido que en el seguro en general, es admisible que las partes puedan ponerle término en forma unilateral; pero excepcionalmente hay seguros que rechazan tal idea, entre los que destaca el de cumplimiento que aquí se analiza, toda vez que la especialidad del riesgo objeto de cobertura, cual es, itérase, garantizar el cumplimiento de una obligación, repudia por puro sentido común la posibilidad de que las partes lo ultimen de tal modo. Nótase, analógicamente, cómo en punto de contratación administrativa ya fue explícita la ley 80 de 1993, al señalar que tales pólizas no expiran “por revocación unilateral”. (artículo 25, numeral 19). (Se subraya).

“La recurrente dice que frente al asegurador es cuestionable la irrevocabilidad; pero que quien sí tiene la facultad de revocarlo unilateralmente es el tomador-afianzado, en este caso Fruto Bon Ltda., cual señala que ocurrió, e inclusive trae en pos de su argumento el apoyo doctrinal del mismo autor que en contra citó el tribunal.

“A la verdad, si se conviene en que es la naturaleza misma del seguro de cumplimiento la que se opone a que el antojo de cualquiera de las partes le dé finiquito, allí deben quedar comprendidos por igual el asegurador y el tomador. No se descubren razones serias para entrar en distingos y proporcionar tratamientos desiguales. Si ha sido práctica común la de que la persona del deudor pague la prima y se ha llegado hasta que sea ella misma la que resulte tomando el seguro, inicuo fuera permitir que el asegurado quede a merced de la actitud caprichosa y aun aviesa de ese tomador. Odioso sería que se patrocinara que la garantía se reduce a si él ‘quiere’ o le ‘parece bien’.”

“Toda garantía repulsa por antonomasia que su función jurídico-económica quede tan frágilmente pendiendo de semejante voluntarismo, dando lugar a que la doctrina, incluido el mismo autor citado por la censura, enliste el de cumplimiento entre aquellos que repudian tal manera de extinguirse.” (Teoría General del Seguro: El Contrato. Efrén Ossa G., 1984, pág. 482).

Como ya se advirtió, en esa conclusión convergen pacífica y repetidamente doctrina²⁸ y jurisprudencia, de modo que no parece necesario ahondar en la materia. Restaría por señalar que no obra prueba alguna en el proceso de que la convocante (asegurada) hubiese impetrado la revocatoria del seguro o convenido en ello. Desde luego que la comunicación de la que indebidamente pretenden prevalerse tanto la tomadora del seguro como, ahora, la aseguradora, y que aparece reseñada en el aludido escrito del 28 de agosto²⁹ no alude, ni por asomo, a un asentimiento de la revocación o la petición de anulación de la misma, pues, a lo sumo, concierne con una solicitud de aclaración de la misma.

6.2. Terminación de la póliza por falta de pago de la prima.

Tampoco le es dado a la aseguradora, a juicio de este Tribunal, dar por terminado el contrato unilateralmente, aduciendo falta de pago de la póliza.

En efecto, sin entrar a pronunciarnos sobre la tacha de falsedad de los

²⁸ En ese sentido y, por todos, ver a NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. “El seguro de cumplimiento del contratos y obligaciones. Javeriana. 2011.

²⁹ Folios 48 y 49 del cuaderno de pruebas número 2.

documentos respectivos, como en su momento se puso de presente, lo cierto es que en los seguros de esta especie tampoco es admisible la potestad usualmente atribuida a la aseguradora de dar por terminado el contrato aduciendo la falta de pago de la prima.

Para no incurrir en complejas elucidaciones, este Tribunal se respalda en la determinación adoptada el 18 de diciembre de 2009 por la Sala Civil de la Corte, tesis igualmente compartida por la doctrina patria. Al respecto, dijo la Corte:

“No obstante lo expuesto, la Corte estima necesario rectificar la tesis sostenida por el tribunal y prohijada por la censura, conforme a la cual, en tratándose del seguro de cumplimiento opera, igualmente, la terminación automática por mora en el pago de la prima, en los términos a los que alude el artículo 1068 del Código de Comercio, inferencia que, como adelante se explicará, no es acertada. Esto es, para decirlo de otro modo, el recurrente acepta y hace suya la tesis del tribunal conforme a la cual seguros como el de esta especie pueden ser unilateralmente extinguidos por el asegurador; solo que, a juicio del censor, por un lado, no estaba estructurada la mora cuando acaeció el siniestro, y por otro, esa causal sólo tendría eficacia respecto del anexo cuya prima no se pagó.

“(…)

“Pues bien, la corrección que la Sala se ve precisada a hacer, a uno y otro, consiste en que, dada la función económico social que al seguro de cumplimiento corresponde, concretamente la de servir de garantía de cumplimiento de obligaciones ajenas, no es posible admitir que obre frente a esa especie aseguraticia la regla del tantas veces señalado artículo, que le permite al asegurador extinguirlo unilateralmente.

“Al respecto no puede olvidarse que el asegurador se compromete a indemnizar los perjuicios causados a una persona, por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato, como contraprestación a la prima percibida; de suerte que tiene por objeto ‘servir de garantía a los acreedores’ de las aludidas obligaciones y, por tanto, al ocurrir el riesgo, esto es, el incumplimiento previsto, el asegurador tendrá a su cargo la indemnización de los perjuicios que de ese hecho ilícito se desprendan, hasta concurrencia de la suma asegurada.

“Es incontestable, entonces, que ‘concertar un acuerdo alrededor de un contrato de seguro de cumplimiento, respecto a cualquier clase de obligación o regla de conducta, implica nada más ni nada menos que activar una garantía, es lograr que una entidad que ejerce profesionalmente la actividad aseguradora, caucione, aunque por cuenta propia, el proceder del afianzado y ante la eventualidad de que este no cumpla la obligación adquirida, aquella concorra a proveer sobre los efectos nocivos del incumplimiento, ora del proceder díscolo del deudor’; por consiguiente, ‘la obligación del asegurador es el mecanismo del que se vale el acreedor para obtener la seguridad (garantía o caución) de quien concurrió a respaldar al deudor de que su patrimonio sobrevendrá indemne’. (sentencia de 15 de agosto de 2008, Exp. No.1994 03216 01).

“Desde esa perspectiva, la terminación automática del seguro de cumplimiento por mora en el pago de la prima aparejaría que la aseguradora, en su calidad de garante, se desligara de su obligación por una situación atribuible al afianzado, dejando sin protección al acreedor, quien estaría permanentemente expuesto a la aniquilación de la convención, sin ni siquiera tener noticia de ello, desde luego que esa peculiar forma de extinción no exige ser declarada, pues opera ipso iure.

“Sería, en verdad, no sólo contrario a la naturaleza de esa garantía, sino también inequitativo, que quien quiso cautelar un perjuicio derivado del eventual incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor tenga que soportar en este otro plano las consecuencias del comportamiento de su deudor. Por consiguiente, si el asegurador expidió la póliza y/o sus anexos sin que hubiese sido cancelado el valor de la prima, el camino que tiene delante de sí no es otro que el de perseguir su recaudo, pero en modo alguno podrá echar mano del aludido mecanismo para librarse de su compromiso.

“Mírese cómo de esa manera lo entendió el legislador cuando reguló en materia administrativa lo atinente al seguro de cumplimiento, toda vez que dispuso que ‘la garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria uniltateral’, salvaguardando así el interés público, como también debe serlo el de los particulares, protegiéndolos con una póliza vigente cuando se presenten incumplimientos imputables al afianzado.

“No puede decirse que no existe norma alguna que prohíba la terminación automática de los seguros de cumplimiento, pues en

el punto debe tenerse en cuenta que el estudio de esa clase de pacto debe efectuarse ‘(...) en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art.7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie. (...) Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art.1060 C. de Co.), la revocatoria (art.1159), el valor real del interés (art.1089), la terminación unilateral (art.1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art.1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)’ (sentencia de 15 de agosto de 2008, Exp. No.1994 03216 01)”.

6.3. En ese orden de ideas, se impone, de un lado, inferir que los contratos de seguro aducidos en este litigio no pudieron ser revocados unilateralmente por la tomadora, ni terminaron por la mora en el pago de la prima, hechos exceptivos alegados por la aseguradora convocada e intitulados como “INEXISTENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS POR PREVIA REVOCATORIA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO – ARTÍCULO 1071 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015” e “INEXISTENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS POR PREVIA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGURO POR MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA – ARTÍCULO 1068 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015”, que, en consecuencia, no se abren paso.

Por otro lado, si bien se afirma la eficacia vinculante del referido contrato,

56

lo cierto es que, igualmente, deben desestimarse las pretensiones frente a la aseguradora por las razones que pasan a exponerse:

6.3.1. Como se advierte en el libelo incoativo del litigio, las pretensiones que la parte actora enfiló contra la aseguradora (pretensiones principales a partir de la quinta), se formularon como consecuenciales (o sucesivas o accesorias como otros las llaman) de las precedentes, es decir, las relativas a la responsabilidad contractual de la arrendataria **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**

En efecto, en la demanda se advierte que esas pretensiones fueron planteadas en la siguiente forma:

“QUINTA. - Que como consecuencia del incumplimiento (de) TOTAL PETROLEUM SERVICIES S.A.S., se ORDENE a la sociedad demanda LIBERTY S.A., a pagar a favor de ATINA ENERGY SERVICIES CORP. SUCURSAL COLOMBIA, las sumas aseguradas así:

“5.1.- La suma de NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$97.200.000), correspondiente al valor asegurado en la Póliza de cumplimiento No. 2516362.

“5.2.-La suma de QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$594.000.000), correspondiente al valor asegurado en la Póliza de cumplimiento No. 2516363.”

Una pretensión es sucesiva o accesorio, cuando su prosperidad está determinada por el éxito de la precedente o, por lo menos, de la primera de ellas. *“Situación que se debe a que las acciones se hayan encadenadas entre sí de tal modo que una es el origen de las otras, pues las accesorias dependen de la principal en el sentido de que carecerían de toda eficacia o posibilidad de éxito si ésta se desestima, ya que existe una subordinación lógico-jurídica de una acción a otra³⁰.”*

³⁰ FONS RODRIGUEZ, Carolina. “La acumulación objetiva de pretensiones en el proceso civil. J.M. Bosch editor. Barcelona. Pág. 79 y s.s.

Igualmente, sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[F]rente al principio de la congruencia (...) reviste especial interés la acumulación objetiva de pretensiones que, como bien es sabido, regula el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, y dentro de ella aquellos eventos en que las distintas pretensiones reunidas en el libelo, no han sido formuladas con el mismo carácter, bien por ser accesorias o dependientes las unas respecto de las otras, o bien porque revestidas todas de autonomía, han sido propuestas subsidiariamente, distinción esta que como se ha sostenido con acierto por autorizados expositores (...) es importante para efectos no solo de calificar la idoneidad formal de la demanda, sino para la correcta elaboración técnica de la sentencia, habida cuenta que como a continuación pasa a verse, en este ámbito aquél principio juega papel preponderante. En efecto, en el primero de tales casos en que se trata de pretensiones secundarias o consecuenciales que únicamente pueden alcanzar prosperidad en la medida en que de antemano la logre una pretensión autónoma, la lógica indica que la desestimación o el rechazo de esta última hace inútil el estudio de las primeras, considerando que son dos tipos distintos de pretensiones entabladas de modo paralelo pero ligadas por una relación de causalidad que impone un cierto orden de estudio, cosa que sucede, por ejemplo, cuando pedida en una demanda la declaración de simulación relativa en un negocio jurídico con las consiguientes restituciones destinadas a implantar y hacer prevalecer los efectos que el mismo negocio en su fase disimulada ha de producir, es denegada esa declaración con lo cual se entienden implícitamente desechadas las prestaciones restitutorias así no se diga de manera expresa en el fallo, luego si esto último pasa no se configura incongruencia por defecto; pero si por el contrario se accede a las ameritadas restituciones efectuando las condenas reclamadas a pesar de no declararse la simulación, la sentencia incurrirá en evidente desacierto de fondo pero no en incongruencia pues existe pronunciamiento completo aun cuando en su segunda parte pueda resultar incorrecto.(...)”

La pretensión quinta principal y las que le siguen, fueron planteadas como una consecuencia de las precedentes, concretamente, las relativas a la

declaración de responsabilidad contractual de **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, pedimentos que han sido desestimados por el Tribunal, motivo por el cual se impone negar, así mismo, las pretensiones sucesivas relacionadas con la aseguradora.

6.3.2. Del mismo modo, porque si se ha dicho que por el ejercicio de la acción cambiaria no le era dado al actor acudir simultáneamente a la acción causal (artículo 882 del C. Co.), sin que previamente hubiese aportado los títulos valores dados en pago de la obligación o haber prestado la caución allí prevista, hipótesis que no ocurrieron en este proceso, es patente que ese impedimento alcanza, en este caso, a la aseguradora que afianzó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Desde luego que la premisa que en este asunto ha enarbolado el convocante consiste en el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento con la consecuente indemnización de perjuicios, acción que, como ya se advirtió, no podía ejercitarse concomitantemente con el cumplimiento del contrato, en este caso, con el ejercicio de la acción cambiaria de cobro, no puede afincarse la premisa de la obligación resarcitoria a cargo de la aseguradora.

6.3.3. Finalmente, ya se advirtió que por falta de prueba del monto del perjuicio y del nexo de causalidad de los mismos con el incumplimiento de la arrendataria de sus obligaciones de conservar y restituir cabalmente los equipos que le fueron confiados no procedía al reconocimiento de las cantidades de dinero estimados en la pretensión 4.1.2 de la demanda.

VI. CONCLUSIONES

Las razones expuestas con antelación conducen a negar las pretensiones principales y subsidiarias formuladas por la demandante. Igualmente se desestimará la tacha de falsedad propuesta por la aseguradora

demandada y se denegarán los pedimentos formulados contra **LIBERTY SEGUROS S.A.** Del mismo modo, el Tribunal encontrará debidamente justificada la oposición a exhibir documentos alegada por la convocante.

Por último, como la mayoría de alegaciones defensivas de la aseguradora no constituyen, en puridad, verdaderas excepciones, sino meramente medios defensivos, los mismos quedan decididos al examinar las pretensiones de la demanda. No obstante, se declararán expresamente negadas las excepciones relativas a la revocación y a la terminación del contrato de seguro.

Al respecto sea oportuno acotar que no toda actitud defensiva del demandado configura, en estrictez, una excepción, habida cuenta que solo tiene tal carácter el acto por medio del cual aquél contrapone al actor un hecho nuevo incorporado por aquél con la virtualidad de impedir o extinguir sus pedimentos; por consiguiente, toda respuesta encaminada, simplemente, a negar los fundamentos fácticos o jurídicos de las pretensiones, aunque evidencia una tarea defensiva del demandado, muy lejos está de significar la proposición de una genuina excepción.

VII. COSTAS

Toda vez que las pretensiones de la demanda no se abren paso, ni tampoco la tacha de falsedad ni alguna de las excepciones propuestas por la aseguradora demandada, el Tribunal no habrá de proferir condena en costas.

VIII. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el 13 de la ley 1743 de 2014, dispone entre otros que, si no se demuestra el perjuicio, se condenará a la parte a pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 5% de las pretensiones.

Como se puede observar en la exposición de motivos que dio lugar a la expedición del Código General del Proceso, la institución que aquí se analiza fue creada con el fin de disuadir a las partes de un litigio de formular demandas temerarias o altamente infundadas y frenar aquellas expectativas desmedidas de ganancia de los litigantes, como una clara muestra de abuso del derecho a litigar.

En ese sentido, en sentencia C-157 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, considerando que cuando la causa de la no satisfacción de la carga de la prueba de los perjuicios no era imputable a la parte que los había estimado, no había lugar a imponer sanción.

La razón de esa decisión fue que, para la Corte, en ese evento una pena resultaría excesiva y desproporcionada frente al principio de la buena fe y frente a los derechos de acceder a la administración de justicia y al debido proceso. Para ese Tribunal, si precisamente uno de los propósitos del juramento estimatorio es evitar la existencia de temeridad en la reclamación formulada, mal podría sancionarse a una parte que no ha mostrado incuria, desidia ni mala fe en la estimación de los perjuicios cuya indemnización persigue.

Es por esta razón que, a pesar de que en el presente caso las pretensiones indemnizatorias no prosperan, ello no obedece a una conducta que pueda calificarse como temeraria de la convocante, por lo cual no hay lugar aplicar la mencionada sanción.

IX. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y en ejercicio de la competencia

deferida por los sujetos negociales, el Tribunal de Arbitraje constituido para decidir las controversias suscitadas entre **ATINA ENERGY SERVICES CORP.**, sucursal Colombia, **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, y **LIBERTY SEGUROS S.A.**

RESUELVE:

PRIMERO. – Negar las pretensiones principales enfiladas por la sociedad actora contra las demandadas **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**, y **LIBERTY SEGUROS S.A.**

SEGUNDO. – Negar las pretensiones subsidiarias aducidas por **ATINA ENERGY SERVICES CORP.**, sucursal Colombia, contra **TOTAL PETROLEUM SERVICES S.A.S.**

TERCERO. – Negar la prosperidad de la tacha de falsedad propuesta por la demandada **LIBERTY SEGUROS S.A.**, sin imponer condenas al proponente en cuanto, por las razones expuestas en la parte motiva, no hubo un pronunciamiento de fondo sobre la materia.

CUARTO. – Declarar justificada la oposición a la exhibición de documentos planteada por la convocante.

QUINTO. – Desestimar expresamente las excepciones de “INEXISTENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS POR PREVIA REVOCATORIA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO – ARTÍCULO 1071 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015” y de “INEXISTENCIA DE AMPARO DE LOS HECHOS POR PREVIA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGURO POR MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA – ARTÍCULO 1068 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – DESDE EL 28 DE AGOSTO DE 2015”, propuestas por la aseguradora demandada.

SEXTO. – Abstenerse de condenar en costas.

SÉPTIMO. – Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario del tribunal, por lo que se ordena realizar el pago del mismo.

OCTAVO. – Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos y la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar, a la parte Convocante.

NOVENO. – Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de esta providencia con destino a cada una de las partes, a los árbitros y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO. – Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

Esta providencia, se notifica **en estrados**.

CAROLINA SILVA RODRÍGUEZ
Presidente

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
Árbitro

ALFONSO BELTRÁN GARCÍA
Árbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Secretario