

Laudo Arbitral

IEC Ingenieros S.A.

v.

Hocol S.A.

Agosto 19 de 2003

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil tres (2003)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre las sociedades IEC Ingenieros S.A., por una parte, y Hocol S.A., por la otra.

CAPÍTULO I

Antecedentes

1. El trámite arbitral.

1.1. El día 8 de julio de 2002 IEC Ingenieros S.A. por conducto de apoderado especial solicitó la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a Hocol S.A. con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato N° C1-0014 denominado “Construcción de las vías de acceso y localización del pozo Iskana 1 A” suscrito el 26 de enero de 2001 entre Hocol S.A. e Ingenieros Eléctricos y Civiles S.A. —hoy IEC Ingenieros S.A.—, contrato que es el origen de las controversias sometidas a conocimiento y decisión por parte de este tribunal; dicha cláusula obra a folio 25 cuaderno de pruebas N° 1 y textualmente señala:

“Cláusula 15. - Ley aplicable – Solución de controversias:

15.1. Ley aplicable

Este contrato se regirá e interpretará de conformidad con las leyes colombianas.

15.2. Solución de controversias.

a) Las partes propugnarán por resolver mediante negociación cualquier controversia que surja de o en relación con la vigencia, desempeño, interpretación o terminación de este contrato, y todas las consecuencias de la misma. Dicha controversia será notificada por la parte reclamante a la otra parte, en la forma exigida por el presente contrato y haciendo la debida referencia a esta cláusula, y las partes propugnarán por resolver dicha controversia mediante negociación dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al recibo de la mencionada notificación.

b) En caso de no poder resolver la controversia mediante negociación en el lapso de tiempo antes mencionado, el reclamante podrá notificar a la otra parte su intención de someter la controversia a arbitramento. Las partes propugnarán por nombrar un solo árbitro por consentimiento mutuo. El árbitro será un abogado activo colombiano, quien decidirá según la ley, y quien tendrá el expreso poder para reconciliar los reclamos conflictivos. El árbitro debe ser nombrado dentro de quince (15) días de notificación dados por una parte a la otra de su reclamo, declarando las diferencias que serán referidas en el arbitramento. En caso de que las partes fallen en nombrar al árbitro, este será nombrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia. El panel será fijado en Bogotá y será gobernado por la actual legislación de arbitramento comercial, y bajo los procedimientos fijados por el mencionado centro de arbitraje.

Las notificaciones que requieran ser enviadas en este proceso serán enviadas a la dirección que aparece en este contrato”.

1.2. El centro de arbitraje y conciliación admitió la solicitud de convocatoria por auto de 12 de julio de 2002, que fue notificado a Hocol S.A. el 29 de julio siguiente y se corrió traslado en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

1.3. La sociedad convocada contestó la demanda el 13 de agosto de 2002, se opuso a las pretensiones de la demanda, se pronunció sobre los hechos, propuso las excepciones de mérito que denominó: 1) Inexistencia de obligación a cargo de la convocada y en favor del convocante; 2) Cumplimiento de las obligaciones contractuales; 3) Cosa juzgada; 4) Excepción de contrato no cumplido; 5) Declaratoria de fuerza mayor; y la 6) Innominada; además se opuso a las pruebas pedidas en la demanda y solicitó pruebas. De las excepciones se corrió traslado a la convocante quien no hizo manifestación alguna al respecto.

1.4. En la misma fecha de contestación de la demanda Hocol S.A. presentó demanda de reconvención, la cual fue admitida por el centro de arbitraje y conciliación por auto de 23 de agosto de 2002, que se notificó a la convocante el 26 de agosto siguiente y se corrió traslado por el término legal.

1.5. IEC Ingenieros S.A. contestó la demanda de reconvención el 9 de septiembre de 2002, se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos de la reconvención, propuso las excepciones de mérito que llamó 1) Excepción de contrato no cumplido por Hocol; 2) Inexistencia de incumplimiento por IEC; 3) Ausencia de vínculo causal y de perjuicio; 4) Mora del acreedor; y la 5) La genérica; igualmente solicitó pruebas. De las excepciones de mérito se corrió traslado a Hocol S.A. y en escrito de 17 de septiembre siguiente su apoderado se pronunció al respecto y solicitó pruebas adicionales.

1.6. Según consta en acta visible a folios 150 a 152 del cuaderno principal, el 3 de octubre de 2002 se celebró audiencia de conciliación, a la que asistieron los representantes legales de las partes y sus apoderados; en ella, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se declaró cerrada la etapa conciliatoria y se decidió proseguir el trámite arbitral.

1.7. En esa misma oportunidad, 3 de octubre, las partes y sus apoderados, de común acuerdo, designaron como árbitro único para integrar este tribunal al doctor Luis Hernando Parra Nieto, quien aceptó el cargo oportunamente.

1.8. El tribunal de arbitramento se instaló en audiencia de 24 de octubre de 2002, en la que fue designada como secretaria la doctora Florencia Lozano Reveiz; también se señalaron las sumas de honorarios de los miembros del tribunal, así como la partida de gastos de funcionamiento y se fijó como sede del mismo las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el norte (Acta 1, fls. 162 a 164 cdno. ppal.).

1.9. Dentro de la oportunidad legal las partes entregaron al presidente en la proporción debida las sumas a su cargo fijadas para honorarios y gastos del tribunal.

1.10. Una vez fue notificada de su nombramiento la secretaria aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el presidente del tribunal, según consta en Acta 2 de 25 de noviembre de 2002 (fls. 165 y 166 cdno. ppal.). En esa misma oportunidad se cambió la sede de la secretaría del tribunal a las oficinas de la secretaria ubicadas en la Carrera 7 N° 32-33 of. 1704 de Bogotá y se señaló fecha para la primera audiencia de trámite.

1.11. El 2 de diciembre de 2002 se inicio la primera audiencia de trámite de este proceso arbitral, en ella se leyeron la cláusula compromisoria del contrato C1-0014 de 26 de enero de 2001, las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención y las excepciones de mérito propuestas por ambas partes, y se precisó la cuantía del proceso. Por auto de esa fecha el tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre IEC Ingenieros S.A. y Hocol S.A., y decretó las pruebas a instancia de las partes (Acta 3, fls. 169 a 183 cdno. ppal.). En audiencia de 12 de diciembre de 2002 el tribunal designó a los peritos, señaló fechas para la práctica de pruebas y dio fin a la primera audiencia de trámite (Acta 4, fls. 186 a 189 cdno. ppal.).

1.12. Durante el trámite el tribunal sesionó en 17 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. Agotada la instrucción, en la audiencia de 8 de julio de 2003 oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión (Acta 17, fls. 421 y 422 cdno. ppal.).

1.13. Conforme a la ley el término de duración de este proceso es de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, y durante el proceso el tribunal, por petición conjunta de los apoderados de las partes, decretó la suspensión del mismo entre los días 13 de diciembre de 2002 y 13 de enero de 2003, 14 de marzo y 21 de abril de 2003, y entre 31 de mayo y 7 de julio de 2003, para un total de 109 días, por lo cual el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

2. Presupuestos procesales.

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

2.2. Competencia: Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite, el tribunal es competente para conocer y decidir este proceso con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato C1-0014 “Construcción de las vías de acceso y localización del pozo Iskana 1 A” suscrito entre las partes, el cual es el origen de sus controversias, que son susceptibles de definirse por transacción.

2.3. Partes procesales:

Parte demandante: Es IEC Ingenieros S.A. sociedad colombiana que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 6 de junio de 2002, (fls. 34 y 35 del cdno ppal.) fue constituida por escritura pública 297 de 2 de mayo de 1986 de la notaría primera de Arauca con la denominación Motortec Ltda., y ha sido reformada en varias ocasiones en las que ha cambiado su domicilio y razón social. Mediante escritura pública 495 de 19 de abril de 1990 de la misma notaría primera de Arauca se transformó de sociedad limitada en anónima y por la escritura 2421 de 12 de septiembre de 2001 de la notaría veinticinco de Bogotá cambió el nombre de IEC S.A. Ingenieros Eléctricos y Civiles Sociedad Anónima por el actual. Tiene su domicilio en Bogotá y la representación legal la ejercen el gerente y un suplente. A la fecha de la certificación el cargo de gerente lo ejerce Camilo Ariel Meza Latorre, quien otorgó poder solicitar la convocatoria del tribunal.

Parte demandada: Es Hocol S.A., sociedad que de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 6 de junio de 2002 (fls. 36 a 38 del cdno ppal.) es una sucursal de la sociedad Hocol S.A. domiciliada en George Town, Grand Cayman —Islas Cayman—. Mediante escritura pública 1552 de 15 de octubre de 1979 de la notaría once de Bogotá se protocolizaron copias auténticas del documento de fundación de la sociedad “Houston Oil Colombiana S.A.”, de sus estatutos y de la resolución que acordó el establecimiento en Colombia de la sucursal, que fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá. Por escritura pública 2236 de 10 de abril de 1985 de la notaría sexta de Bogotá la casa principal cambió su nombre por el actual. La sucursal tiene su domicilio en Bogotá y su representación legal la ejerce, entre otros, Adriana Tello Jordan, quien otorgó poder para intervenir en este proceso.

2.4. Capacidad: Se acreditó debidamente la existencia de las personas jurídicas vinculadas como partes en el proceso, están debidamente representadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto.

2.5. Apoderados: Por tratarse de un proceso de mayor cuantía las partes comparecen al proceso representadas judicialmente por abogados, la convocante por el doctor Luis Fernando Villegas Gutiérrez y la convocada por el doctor José Hernández Silva, según poderes especiales a ellos conferidos. La personería de estos mandatarios fue reconocida durante el trámite prearbitral.

3. Pretensiones.

a) IEC Ingenieros S.A. en la demanda, a folios 5 a 11 del cuaderno principal, solicita que el tribunal profiera las siguientes declaraciones y condenas:

“Pretensiones

A. Pretensiones principales

Primera pretensión:

Declárase que Hocol S.A., incumplió el contrato C1-0014 “construcción de la vía de acceso y explanación del Pozo Iskana 1 A” y del otrosí N° 1 del mismo contrato, celebrado con IEC Ingenieros S.A., el 26 de enero de 2001.

Segunda pretensión:

Declárase que el incumplimiento por Hocol S.A. del contrato celebrado el 26 enero de 2001 con IEC Ingenieros S.A., comprendió, entre otras, sin limitarlas, sus obligaciones de entregar completa y oportunamente la información requerida para una adecuada ingeniería en la ejecución de los trabajos objeto del contrato, tales como diseños y planos para la construcción de vías, acueducto y locación, entre otros, lo que generó para IEC Ingenieros S.A., demoras y sobre-costos excesivos e injustificados.

Tercera pretensión:

Declárese que Hocol S.A. tiene la obligación de asumir y pagar a IEC Ingenieros S.A., los sobrecostos y pérdidas sufridos por esta y ocasionados por el paro de las comunidades llevado a cabo entre el 20 de marzo y el 4 de abril de 2001, en el lugar de ejecución del contrato, sobrecostos derivados de la disponibilidad de equipos y personal que no pudo laborar durante ese período y pérdidas de materiales ocurridas por la imposibilidad de usarlos en ese lapso.

Cuarta pretensión:

Declárese que IEC Ingenieros S.A., tiene derecho al pago del incentivo por desempeño pactado en la cláusula 8.3 del contrato y desarrollado en el apéndice 5 del mismo.

Quinta pretensión:

Declárase, a Hocol S.A., responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a IEC Ingenieros S.A., por virtud del incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

Sexta pretensión:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénase a Hocol S.A., a indemnizar y pagar a IEC Ingenieros S.A., al día siguiente de la ejecutoria del laudo arbitral, la totalidad de los daños y perjuicios patrimoniales o materiales causados por el incumplimiento de sus obligaciones, incluyendo daño emergente y lucro cesante, y, en consecuencia, al pago de las siguientes sumas dinerarias o cuanto más probare en proceso o señalen los peritos en dictamen pericial:

6.1. La suma de ciento veintitrés millones setecientos setenta y ocho mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$ 123.778.472) moneda legal colombiana por sobrecostos en que incurrió IEC Ingenieros S.A., por concepto de stand-by, esto es, por recursos que esta debía tener y tuvo a disposición del proyecto, por tiempos superiores a los previstos, por el período en que duró el paro de las comunidades, comprendido entre el 20 de marzo y el 4 de abril de 2001.

6.2. La suma de ciento cinco millones cuatrocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$ 105.443.417) moneda legal colombiana por sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra en que incurrió IEC Ingenieros S.A. (costos por disponibilidad administrativa), esto es, por recursos administrativos, humano y físico que debía poner y puso a disposición por tiempos superiores a los previstos, por el período comprendido entre el 30 de enero de 2001 y el 10 de junio de 2001.

6.3. La suma de ciento cuarenta y un millones trescientos cincuenta y ocho mil ochenta y ocho pesos (\$ 141.358.088) moneda legal colombiana, por concepto de recursos adicionales y sobrecostos (horas extras y bonificaciones al personal) en que debió incurrir IEC Ingenieros S.A., para disminuir los tiempos de ejecución de los trabajos, que permitieron adecuar el sitio para la entrada del taladro por parte de Hocol S.A., antes de

concluidas las obras.

6.4. La suma de treinta y dos millones ciento cinco mil ciento dieciséis pesos (\$ 32.105.116) moneda legal colombiana, por costos financieros en que incurrió IEC Ingenieros S.A., al suministrar directamente los recursos necesarios para atender los costos adicionales del proyecto, actualizados hasta cuando Hocol S.A., proceda a la cancelación definitiva y total de los mismos, para cuyo efecto, se aplicarán a las sumas pagadas por IEC Ingenieros S.A., el índice de precios al consumidor (IPC).

6.5. La suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000) por concepto de incentivo por desempeño, pactada en la cláusula 8.3 del contrato y desarrollado en el apéndice 5 del mismo.

Séptima pretensión

La condena se extenderá a todos los perjuicios previsibles o previstos al tiempo contrato y todos los que sean consecuencia directa o inmediata, de conformidad con el artículo 1616 del Código Civil.

Octava pretensión:

Las sumas dinerarias resultantes serán actualizadas a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo.

Novena pretensión:

Se reconocerán intereses legales comerciales a la tasa más alta autorizada por la ley, desde su causación y hasta el pago total.

Décima pretensión:

Condénase en costas a la demandada.

Pretensiones subsidiarias

En subsidio de las pretensiones anteriores, se declararán las siguientes:

Primera pretensión:

Declarase, que los actos u omisiones en que incurrió Hocol S.A. durante la ejecución del contrato C1-0014 “construcción de la vía de acceso y explanación del pozo Iskana 1A” celebrado con IEC Ingenieros S.A., el 26 de enero de 2001, generaron sobrecostos que alteraron su equilibrio económico.

Segunda pretensión:

Declárase, que los actos u omisiones en que incurrió Hocol S.A., comprendieron entre otras, sin limitarlas, las obligaciones de entregar completa y oportunamente la información requerida para una adecuada ingeniería en la ejecución de los trabajos objeto del contrato, tales como diseños y planos para la construcción de vías, acueducto y locación, entre otros, lo que generó para IEC Ingenieros S.A., demoras y sobre-costos excesivos e injustificados.

Tercera pretensión:

Declárese que Hocol S.A. tiene la obligación de asumir y pagar a IEC Ingenieros S.A., los sobrecostos y pérdidas sufridos por esta y ocasionados por el paro de las comunidades llevado a cabo entre el 20 de marzo y el 4 de abril de 2001, en el lugar de ejecución del contrato, sobrecostos derivados de la disponibilidad de equipos y personal que no pudo laborar durante ese período, y pérdidas de materiales ocurridas por la imposibilidad de usarlos en ese lapso.

Cuarta pretensión:

Declárese que IEC Ingenieros S.A., tiene derecho al pago del incentivo por desempeño pactado en la cláusula 8.3

del contrato y desarrollado en el apéndice 5 del mismo.

Quinta pretensión:

Declárase, a Hocol S.A., responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a IEC Ingenieros S.A., por virtud del incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales.

Sexta pretensión:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénase a Hocol S.A., a pagar a IEC Ingenieros S.A., al día siguiente de la ejecutoria del laudo arbitral, la totalidad de los sobrecostos en que esta incurrió, y, en consecuencia, al pago de las siguientes sumas dinerarias o cuanto más probare en proceso o señalen los peritos en dictamen pericial:

6.1. La suma de ciento veintitrés millones setecientos setenta y ocho mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$ 123.778.472) moneda legal colombiana por sobrecostos en que incurrió IEC Ingenieros S.A., por concepto de stand-by, esto es, por recursos que esta debía tener y tuvo a disposición del proyecto, por tiempos superiores a los previstos, por el período en que duró el paro de las comunidades, comprendido entre el 20 de marzo y el 4 de abril de 2001.

6.2. La suma de ciento cinco millones cuatrocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$ 105.443.417) moneda legal colombiana por sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra en que incurrió IEC Ingenieros S.A. (costos por disponibilidad administrativa), esto es, por recursos administrativos, humano y físico que debía poner y puso a disposición por tiempos superiores a los previstos, por el período comprendido entre el 30 de enero de 2001 y el 10 de junio de 2001.

6.3. La suma de ciento cuarenta y un millones trescientos cincuenta y ocho mil ochenta y ocho pesos (\$ 141.358.088) moneda legal colombiana, por concepto de recursos adicionales y sobrecostos (horas extras y bonificaciones al personal) en que debió incurrir IEC Ingenieros S.A., para disminuir los tiempos de ejecución de los trabajos, que permitieron adecuar el sitio para la entrada del taladro por parte de Hocol S.A., antes de concluidas las obras.

6.4. La suma de treinta y dos millones ciento cinco mil ciento dieciséis pesos (\$ 32.105.116) moneda legal colombiana, por costos financieros en que incurrió IEC Ingenieros S.A., al suministrar directamente los recursos necesarios para atender los costos adicionales del proyecto, actualizados hasta cuando Hocol S.A., proceda a la cancelación definitiva y total de los mismos, para cuyo efecto, se aplicarán a las sumas pagadas por IEC Ingenieros S.A., el índice de precios al consumidor (IPC).

6.5. La suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000) por concepto de incentivo por desempeño, pactada en la cláusula 8.3 del contrato y desarrollado en el apéndice 5 del mismo.

Séptima pretensión:

La condena se extenderá a todos los perjuicios previsibles o previstos al tiempo del contrato y todos los que sean consecuencia directa o inmediata de conformidad con el artículo 1616 del Código Civil.

Octava pretensión:

Las sumas dinerarias resultantes serán actualizadas a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo.

Novena pretensión:

Declárase, en consecuencia de la ruptura de la ecuación y equilibrio económico del contrato, que Hocol S.A., debe reconocer y pagar a IEC Ingenieros S.A. los sobrecostos en que esta incurrió.

Décima pretensión:

Se reconocerán intereses legales comerciales a la tasa más alta autorizada por la ley, desde su causación y hasta el pago total.

Décima primera pretensión:

Condénase en costas a la demandada”.

b) Por su parte Hocol S.A. en la demanda de reconvención, a folios 96 y 97 del cuaderno principal, solicita se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1. “Declarar que IEC incumplió el contrato C1-0014 del 26 de enero de 2001 porque no terminó la totalidad de las obras objeto del contrato.
2. Declarar que IEC incumplió el contrato C1-0014 del 26 de enero de 2001 porque las obras ejecutadas las terminó con posterioridad al plazo contractual fijado en la cláusula tercera (3^a) del mismo.
3. Declarar que IEC incumplió el contrato C1-0014 del 26 de enero de 2001 porque empleó menos horas / hombre que las ofrecidas en su propuesta técnica.
4. Declarar que IEC incumplió el contrato C1-0014 del 26 de enero de 2001 porque empleó menos horas / volqueta que las ofrecidas en su propuesta técnica.
5. Declarar que IEC incumplió el contrato C1-0014 del 26 de enero de 2001 porque empleó menos horas / maquinaria y equipo que las requeridas para la obra efectivamente ejecutada.
6. Declarar que IEC causó perjuicios materiales a Hocol como resultado del deficiente desempeño en la ejecución del contrato C1-0014.
7. Como consecuencia de lo anterior, condenar a IEC a pagar en favor de Hocol la penalidad prevista en la cláusula 8.3.3 del contrato C1-0014 del 26 de enero de 2001 en el monto que determinen los peritos.
8. Condenar a IEC a pagar a Hocol los perjuicios materiales ocasionados por razón del desempeño deficiente del contratista, en el monto que resulte probado de conformidad con la prueba pericial que se practicará en este proceso.
9. Condenar a IEC a pagar a Hocol la actualización del valor de las condenas mediante indexación del valor resultante de todas las condenas solicitadas en esta demanda, calculada desde el día de terminación del contrato hasta el día en que quede ejecutoriado el laudo arbitral que ponga fin a este proceso, en el monto que resulte de conformidad con la prueba pericial.
10. Condenar a IEC a pagar a Hocol los intereses moratorios fijados a la máxima tasa legal permitida de todas las condenas solicitadas en esta demanda, a partir del día de terminación del contrato y hasta la fecha efectiva de pago, en el monto que resulte de conformidad con el cálculo que se practicará en este proceso.
11. Condenar a IEC en costas y agencias en derecho”.

4. Los hechos.

Los hechos de la demanda arbitral que sustentan las pretensiones de IEC Ingenieros S.A. están contenidos en la misma, a folios 12 a 24 del cuaderno principal; a su vez los hechos y fundamentos de hecho de la demanda de reconvención de Hocol S.A. están relacionados a folios 89 a 96 y 97 a 103 del mismo cuaderno, respectivamente, y a todos ellos se referirá a espacio el tribunal al estudiar los distintos temas objeto del debate procesal.

5. Pruebas decretadas y practicadas.

En la primera audiencia de trámite que terminó el 12 de diciembre de 2002 el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y, para el sustento de la decisión que adoptará, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, todas las cuales fueron analizadas para

definir el asunto sometido a su consideración:

5.1. Documentales: Se agregaron al expediente los documentos aportados por la convocante con la demanda y la contestación a la demanda de reconvención, y por la convocada con la contestación a la demanda y con la demanda de reconvención, y los recaudados por el tribunal en el curso de la inspección judicial y las declaraciones.

5.2. Declaración de parte: Se practicó interrogatorio de parte a Camilo Ariel Meza Latorre, representante legal de Hocol S.A., según consta en Acta 10 de 6 de febrero de 2003, cuya transcripción se agregó al expediente.

5.3. Declaración de terceros: El tribunal recibió los testimonios de María Teresa Porras Guerra (Acta 5), Giancarlo Ariza Merello (Acta 6) y Cruz Marin Guerrero Betancourt (Actas 9 y 12) solicitados por ambas partes, de Antonio Prada Reyes (Acta 10) solicitado por la parte convocante y de Carlos José Arce Rojas (Actas 7 y 8), Bernardo Castañeda (Acta 9) y César Alberto Rolón (Acta 13) solicitados por la convocada. La transcripción de estas declaraciones se agregaron al expediente.

En la audiencia de 28 de abril de 2003 el apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de Rodrigo Ibagón, Juan Carlos Henao, Jaime Gil, Lelio Díaz y Bernardo Gómez (Acta 14), y en audiencia de 21 de mayo desistió del testimonio de Claudio Pérez (Acta 15). En audiencia de 20 de febrero el apoderado de la convocada, por su parte, desistió del testimonio de Alfonso Bohórquez Moreno (Acta 12). Dichos desistimientos fueron aceptados por el tribunal.

5.4. Dictámenes periciales: Se practicaron 2 dictámenes así:

a) Dictamen pericial técnico: El día 25 de marzo de 2003 se rindió un dictamen pericial por los Ingenieros Civiles Jorge Torres Lozano y Eduardo Villate Bonilla. Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron presentadas el 14 de mayo siguiente. El dictamen y sus aclaraciones se incorporaron al cuaderno de pruebas N° xx del expediente. El apoderado de la parte convocada objetó algunas preguntas de este dictamen con escritos de 24 de abril y 19 de mayo de 2003.

b) Dictamen pericial contable y financiero: El día 14 de marzo de 2003 se rindió un dictamen pericial por las expertas Esperanza Ortiz Bautista, economista, y Ana Matilde Cepeda, contadora. Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron presentadas el 13 de mayo siguiente. El dictamen y sus aclaraciones se incorporaron al cuaderno de pruebas del expediente. Este dictamen no fue objetado.

5.5. Inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos: Según consta en el Acta N° 11, el día 10 de febrero de 2003 se practicó inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos ingenieros civiles en las oficinas de Hocol S.A. Los documentos recaudados en dicha diligencia se incorporaron al expediente.

5.6. Oficios: Se libraron oficios a la (*) Superintendencia Bancaria, al Banco de la República y al DANE. Las respuestas a estos se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente.

5.7. Ratificación y reconocimiento de documentos emanados de terceros: Por petición de los apoderados de ambas partes, se practicó durante la recepción de algunos testimonios ratificación y reconocimiento de documentos emanados de terceros presentados con la demanda y su contestación, con la demanda de reconvención y su contestación.

6. Alegatos de conclusión

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el 8 de julio de 2003 —Acta N° 17— y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que las contienen. La convocante en su alegato reiteró sus pretensiones iniciales y la convocada, por su parte, se opuso a ellas y solicitó acoger, por el contrario, las pretensiones de la demanda de reconvención. A dichos alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

CAPÍTULO II

Consideraciones del tribunal

El tribunal para resolver considera:

1. La controversia.

Con el propósito de precisar con rigor el espectro del presente debate jurídico, el tribunal debe destacar que la pretensión de la parte convocante reconvenida y de la parte convocada reconveniente se enmarcan dentro de la llamada responsabilidad contractual.

Sin embargo, las diferencias surgidas entre las partes con ocasión del desarrollo del contrato de ejecución de obra civil para la construcción de vías de acceso y locación del pozo Iskana 1 (fl. 003 a 661 del cdno. de pbas. 1) fueron parcialmente superadas por las partes mediante negociación directa, —cláusula 15 del contrato— que desembocó en el otrosí suscrito el 25 de abril de 2001 (fl. 001 del cdno. de pbas. N° 1), y otra vez, con posterioridad a la terminación del contrato, mediante contrato de transacción (fl. 062 del Cuaderno de Pruebas número 1), de manera que los asuntos que ahora ocupan la atención del tribunal pueden calificarse de residuales, con relación al cumplimiento del contrato mismo, y a los aspectos objeto de reclamación. En efecto, las partes nunca invocaron en el proceso incumplimiento del contrato por no haberse desarrollado su objeto principal y esencial, ni tampoco porque no se hubieren cancelado las partidas que demandó su ejecución.

Las reclamaciones consignadas por la convocante en su demanda se refieren a sobrecostos que a su juicio deben ser asumidos por la convocada, parte contratante y dueña de la obra, con ocasión de lo que la misma convocante denominó como “no entrega oportuna de información para la ejecución de la obra contratada”, y también por los sobrecostos generados por el llamado paro de comunidades sucedido entre el 20 de marzo y el 4 de abril de 2001, adicionados por otras pretensiones principales, y con unas subsidiarias sobre los mismos hechos pero fundadas en la alteración del equilibrio económico del contrato.

La parte convocada por su lado, al presentar demanda de reconvención, fijó su pretensión de responsabilidad en la no terminación de las obras contratadas, la terminación de las ejecutadas luego del tiempo prevenido para ello, y en el empleo por parte del contratista, de recursos inferiores en calidad a los primeramente ofrecidos en su propuesta técnica.

De lo anterior se deduce claramente entonces que el problema jurídico objeto de la presente litis se circunscribe a la responsabilidad contractual propiamente dicha.

2. Pruebas documentales relevantes.

Del inmenso acervo probatorio conformado dentro del proceso, el tribunal destaca preliminarmente lo siguiente, por su pertinencia con las cuestiones debatidas:

1. Del contrato C10014 – Construcción de las vías de acceso a locación del pozo Iskana 1 [Cuaderno de Pruebas N° 1 folios 002 y 069], las siguientes cláusulas:

[...].

“1.1. Convenio total – Modificación- No renuncia

a) Este contrato incorpora el acuerdo total entre el cliente y el contratista relacionado con la ejecución de las obras de la referencia y sobresee todos los entendimientos y convenios previos orales y escritos entre las partes con anterioridad a la fecha de iniciación.

b) Las obligaciones de las partes no estarán limitadas a aquellas expuestas en el contrato, cuando las leyes aplicables impongan otras obligaciones, siempre y cuando que el contrato siempre tome preferencia sobre cualesquiera otras leyes aplicables con las cuales exista conflicto o que expresamente estén incluidas por el contrato, en cuanto sea lícitamente permitido.

c) Ninguna modificación al contrato será efectiva a menos que se fije por escrito mediante otrosí aceptado por los

representantes autorizados de las partes”.

[...].

• “2.7 Fuerza mayor significa la ocurrencia efectiva de cualquier acto/evento imprevisible, insuperable y que esté fuera de control de la Parte que lo invoque, y que inhabilita a dicha parte para cumplir, en todo o en parte, con sus obligaciones bajo el contrato. Siempre y cuando dichos criterios se cumplan, la fuerza mayor incluirá eventos tales como, casos fortuitos (epidemias, marejadas, rayos, terremotos, huracanes, inundaciones...), guerra (ya sea declarada o no), motines (diferentes a aquellos que ocurran entre el personal del contratista) disturbios civiles o militares, huelgas nacionales o regionales (salvo huelgas locales) y sentencias de cualquier corte, gobierno, autoridades gubernamentales o cualquiera de sus representantes. La fuerza mayor no incluye eventos tales como la insolvencia de cualquiera de las partes, y/o disputas o acciones industriales, por ende u originadas entre el contratista y/o los sub-contratistas y su personal”.

[...].

• “Cláusula 3- Duración:

Este contrato será efectivo a partir de la firma del acta de iniciación y continuará en vigencia hasta tanto todas las obligaciones aquí contenidas para ambas partes hayan sido cumplidas, teniendo en cuenta que el plazo para la ejecución de los trabajos es de 86 días. La duración a partir de la cual se aplicarán los bonos es de 90 días y se aplicarán las sanciones a partir de los 100 días.

El acta de iniciación deberá estar acompañada de los siguientes documentos:

- Pólizas y garantías
- Programa de obra ajustado
- Plan de HSE
- Listado de personal discriminando personal de la comunidad
- Listado de equipos y vehículos a usar en la operación
- Citación para inducción en políticas de Hocol”.

• “Cláusula 4 – Alcance del contrato:

El contratista por medio del presente se compromete a:

4.1. Ejecutar las obras necesarias para la construcción de la vía de acceso y explanación del pozo Iskana 1A como contratista independiente, con plena autonomía técnica, directiva y administrativa, utilizando sus propios medios y con su propio personal. Por lo tanto entre la compañía y el contratista no hay relación de subordinación o dependencia ni existe solidaridad alguna que se rechaza expresamente. El contratista no es agente ni representante o mandatario de la compañía.

4.2. A suministrar el personal necesario para hacerse cargo de las obras, tal como se exige en la cláusula 4 y de acuerdo con la organización propuesta en su oferta.

4.3. A ejecutar las obras de acuerdo con los diseños técnicos, las instrucciones del plan de manejo ambiental, los requerimientos de la licencia ambiental y las instrucciones de el cliente.

4.4. A ejecutar las obras de acuerdo con el programa presentado en su oferta, con unas buenas prácticas de ingeniería y de acuerdo con las normas vigentes en el área de permiso, consistentemente con su condición de contratista independiente, con debida diligencia y cuidado y sin demoras e interrupciones innecesarias.

4.5. A cooperar con otros contratistas empleados por el cliente o cualquier subcontratista de dichos contratistas y

todas las otras compañías que trabajan en el área de permiso”.

[...].

• “Cláusula 11 – Fuerza mayor:

11.1. Si cualquiera de las partes es impedida, perjudicada o retrasada para la ejecución de todas o cualquiera de sus obligaciones aquí contraídas como resultado de fuerza mayor, dicho impedimento o retraso no se considerará como incumplimiento de este contrato y dicha parte quedará liberada de tales obligaciones mientras dure dicha fuerza mayor, siempre y cuando exista una relación directa entre tal impedimento o demora y la fuerza mayor.

11.2. En caso de fuerza mayor, las partes harán sus mejores esfuerzos para remediar la situación tan pronto como sea posible.

11.3. En caso de fuerza mayor que impida las operaciones por más de quince (15) días cualquiera de las partes, sin tener que pagar indemnización alguna podrá dar por terminado este contrato, efectivo en la fecha en la cual se haya recibido por la parte concerniente la notificación escrita apropiada de terminación”.

[...].

• “Cláusula 14 – Acuerdo total – modificación – renuncia:

Este contrato expresa el acuerdo total entre las partes y sobresee todo entendimiento y acuerdo oral y escrito, con relación a los asuntos que aquí se tratan.

Este contrato tan solo puede ser modificado por un instrumento escrito, mediante otrosí, correctamente ejecutado por los representantes debidamente autorizados de las partes correspondientes.

Ninguna omisión o incumplimiento de cualesquiera de las partes para hacer valer, ocasionalmente, todo o cualquier porción de los términos o condiciones de este contrato se interpretará como una renuncia de dichos términos o condiciones”.

[...].

2. “Otrosí N° 01- contrato N° C1 0014

Construcción de las vías de acceso y locación del pozo Iskana 1A

Las partes contratantes: Hocol S.A., que en adelante se llamará también el cliente e Ingenieros Eléctricos y Civiles S.A. que en adelante se llamará también el contratista y teniendo en cuenta que:

1. Entre las partes está vigente el contrato N° C1 0014, por valor total estimado de \$ 2.915.000.000.

2. Las modificaciones que impuso la resolución de aprobación de la licencia ambiental (acarreo y preparación de materiales de cantera, el cambio de especificación de la tubería del acuerdo de RD41 a RD 21 de mayor resistencia y el ajuste salarial de enero del 2001 generaron la necesidad de nuevos precios unitarios y ajustes de otros.

Por otra parte los ajustes al diseño e incremento de actividades para completar el acueducto y estabilizar zonas de la placa del taladro generaron aumentos y reducciones de las cantidades originalmente previstas.

De acuerdo con esto se hace necesario aumentar el valor del convenio en \$ 345.000.000”.

[...].

3. “Contrato de transacción

[...].

“IV. En consideración a lo anterior las partes convienen

IV.2. Las pretensiones objeto de esta transacción se refieren a los siguientes conceptos:

1. Actividades pendientes por relacionar y cobrar.
2. Ajuste de IVA sobre materiales y utilidad.
3. Reducción en el rendimiento por entrada del taladro, incluyendo las obras realizadas en la curva del Zanjón negro.

De los anteriores conceptos se exceptúa la parte del alegado impacto en el plazo contractual por la entrada del taladro a la zona de trabajo.

IV.3. Las partes declaran, reconocen y aceptan que constituyen uno de los propósitos de este contrato de transacción precaver litigios eventuales entre ellas respecto de los ítems de la reclamación mencionados en el numeral anterior.

IV.4. Como consecuencia de esta transacción y en la fecha de la misma, Hocol e IEC desisten incondicional e irrevocablemente de las mutuas pretensiones a que se refieren los ítems de la reclamación mencionados en el numeral IV.2.

IV.5. En consecuencia, esta transacción comprende todos los reclamos pendientes y /o potenciales que las partes hayan tenido, tengan o pudieran tener en relación con los aspectos de la reclamación citados en el numeral IV.2.

IV.6 Ambas partes renuncian incondicional e irrevocablemente a iniciar y proseguir cualquier tipo de acción judicial o extrajudicial contra la otra por razón del contrato 0014 en lo correspondiente con los ítems mencionados en el numeral IV.2 y dan por satisfechas la totalidad de dichas pretensiones mediante la celebración de los convenios y los pagos a que se refiere este documento.

IV.7. Las partes acuerdan expresamente que el reconocimiento económico objeto de esta transacción excluye cualquier discusión futura sobre los ítems citados en el numeral IV.2.

IV.8. Las partes convienen expresamente que el presente acuerdo tiene todos los efectos de un contrato de transacción conforme a las normas legales vigentes y que este documento tiene efectos de cosa juzgada en última instancia.

IV.9. Con el objeto de resolver definitivamente las controversias existentes con respecto a los aspectos de la reclamación citados en el numeral IV.2 y precaver litigios eventuales, el siguiente es el acuerdo integral a que llegan las partes:

Hocol entregará a IEC la suma de ciento treinta y tres millones setecientos trece mil setecientos un pesos (\$ 133.713.701) m/cte., dentro de las (sic) treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura que reúna los requisitos previstos de la cláusula 8.4 del contrato 0014”.

[...].

4. Otros documentos relevantes:

De los demás documentos que obran en el expediente, por aporte de las partes o por recaudo en la diligencia de exhibición de documentos con inspección judicial, resultan relevantes los siguientes:

4.1. Comunicación de Recuperación Ambiental Ltda. Recuperam Ltda. a César Rolón, residente de obra de IEC de 9 de febrero de 2001 (fl. 455 del cdno. de Pruebas N° 1).

[...].

“Teniendo en cuenta estos lineamientos y las observaciones presentadas por Hocol y la interventoría ambiental en la reunión previa al inicio de obra, así como las sugerencias por partes interventor ambiental no se han cumplido a cabalidad por parte de ustedes como constructores, omitiendo aspectos vitales del PMA y condiciones obvias de

protección del medio ambiente en la locación y vías de acceso a ella”.

[...].

4.2. Respuesta de IEC a la comunicación anterior (fl. 967 del cdno. de Pruebas N° 2).

[...].

“La compañía IEC esta comprometida con las políticas medio-ambientales y normas vigentes al igual que con su participación activa con el desarrollo sostenible de las comunicaciones donde presta sus servicios y somos conocedores y respetuosos de las mismas por lo cual recibimos en cordial agrado las recomendaciones dadas por ustedes, pero queremos al respecto hacer las siguientes precisiones a los puntos por ustedes planteados:”

[...].

4.3. Comunicación de las juntas de acción comunal al señor Roberto Londoño de la Fundación Hocol de fecha 21 de febrero de 2001 mediante la cual plantea varias exigencias para beneficio de la comunidad del sector (fl. 479 del cdno. Pruebas N° 2).

4.4. Acta de acuerdo N° 2 del 16 de febrero de 2001, mediante la cual se ratificó el inicio de obra el 31 de enero de 2001, donde entre otros aspectos se menciona expresamente la necesidad de terminar obras para que el taladro ingrese el 18 de abril de 2000. El acta la suscriben Rodrigo Henao por Hocol y Germán Pereira por IEC Ingenieros (fl. 437 de cdno. de Pruebas N° 1).

4.5. Libro de obras donde se consigna el paro de comunidades que impidió el desarrollo de los trabajos contratados entre los días 20 y 31 de marzo de 2001, y la orden de suspensión de labores con ocasión de este suceso dirigida por la doctora María Teresa Porras de Hocol, a Carlos José Arce, de IEC Ingenieros (fl. 396 a 398 del cdno. de Pruebas N° 1).

4.6. Comunicación de Geoingeniería Ltda. a Ingeniero Carlos José Arce de IEC Ingenieros - director de obra, mediante la cual se reitera el inicio de llegada de las cargas a la locación el 18 de abril de 2001 (fl. 394 del cdno. Pruebas N° 1).

4.7. Comunicación de IEC Ingenieros a Hocol, mediante la cual aquella se opone a varias censuras por parte de esta última, y solicita calificar el paro de comunidades como evento de “fuerza mayor” en los términos contractuales (fl. 396 del cdno. Pruebas N° 1).

4.8. Comunicación de IEC Ingenieros a Geoingeniería del 15 de abril de 2001, mediante la cual se incluye la primera reprogramación de obra (fl. 407 del cdno. Principal N° 1).

4.9. Comunicación de Hocol a IEC S.A. del 9 de mayo de 2001, mediante la cual manifiesta la primera su deseo de continuar la relación contractual con IEC S.A., acepta el evento del paro de comunidades como fuerza mayor, y como consecuencia de esta aceptación señala como nueva fecha de terminación de las obras el día 21 de mayo de 2001 (fl. 426 de cdno. de Pruebas N°1).

4.10. Comunicación de IEC a Geoingeniería, mediante la cual informa la terminación de los trabajos relacionados con el contrato CI -0014 “Construcción de la vía de acceso y exploración del pozo Iskana 1^a”, el día 10 de julio de 2001 (fl. 342 del cdno. de Pruebas N°1).

4.11. Informe final Hocol interventoría técnica y administrativa – Construcción de la vía de acceso y exploración del pozo Iskana 1A de fecha 16 de julio de 2001 (fls. 345 a 377 del cdno. de Pruebas N° 1).

3. Hechos plenamente probados dentro del proceso con base en el acervo probatorio documental.

De los análisis y valoración jurídica practicada por el tribunal a las pruebas recaudadas especialmente a los anteriores documentos, se prueban de manera incuestionable los siguientes hechos:

1. Que el contrato CI-0014 de ejecución de obra civil suscrito entre Hocol como contratante y IEC como contratista, se celebró válidamente, sin que exista circunstancia alguna que afecte su existencia, validez o eficacia jurídica como tampoco la de su etapa previa o de formación negocial.
2. Que el tiempo para el desarrollo de la obra fue definido entre las partes de ochenta y seis (86) días.
3. Que las obras se iniciaron el día 31 de enero de 2001.
4. Que desde las primeras semanas de obra se presentaron múltiples diferencias entre las partes con ocasión de la ejecución de las mismas, las cuales fueron siempre superadas mediante negociación directa.
5. Que entre el 20 de marzo y el 31 de marzo de 2001, se presentó en el lugar de los trabajos un paro de comunidades que determinó la suspensión de labores por parte de IEC, y en acato de instrucción emanada de Hocol.
6. Que las labores se reiniciaron luego de once (11) días de paro.
7. Que no obstante los efectos del paro de comunidades, el taladro ingresó al lugar dispuesto el 18 de abril de 2001, fecha anunciada a IEC Ingenieros desde reunión sostenida entre las partes el día 21 de febrero de 2001.
8. Que las obras culminaron luego de transcurridos los ochenta y seis (86) días establecidos.

4. Las obligaciones de las partes, afirmadas como incumplidas por la contraparte.

Reitera el tribunal que de la demanda, su contestación, de la demanda de reconvenición y su respuesta, se infiere primeramente, y así lo reiteraron los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión, que el asunto objeto de la contienda se enmarca dentro de la responsabilidad contractual, toda vez que las partes solicitaron recíprocamente se declare el incumplimiento de la otra, pero no respecto de todo el espectro contractual, sino sobre aspectos específicamente delimitados, entre otras razones, por cuanto algunas diferencias, como se anotó anteriormente, se solucionaron mediante contrato-otrosí de 25 de abril de 2001, y otras mediante contrato de transacción de 21 de diciembre de 2001.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden actualmente en considerar como presupuesto de condena en esta materia: a) la existencia de una obligación. b) su inejecución; c) la calificación de esta como incumplimiento; d) un daño cierto y determinado para el hacedor, derivado de dicho incumplimiento ⁽¹⁾–

Bajo el razonamiento anterior, la primera tarea del tribunal ha de ser verificar la realidad de las obligaciones cuyo cumplimiento echan de menos las partes en forma recíproca, y para emprender tal labor debe retomarse primeramente la demanda, su contestación, para luego examinar la reconvenición y su respuesta.

4.1. Incumplimiento invocado por la convocante:

Sea lo primero advertir la ausencia de rigor jurídico de las dos primeras pretensiones principales de la demanda por cuanto se indica que dicho incumplimiento comprende “entre otras y sin limitarlas”, la obligación de la convocada de entregar completa y oportunamente la información requerida para la ejecución de los trabajos. En efecto, la expresión “comprende entre otras y sin limitarlas” contradice el presupuesto procesal de definición y claridad de las pretensiones de manera que la reclamada falta de entrega oportuna de información requerida para la ejecución de la labor contratada, se presenta con visos de marginalidad. No obstante la deficiencia procesal, el tribunal entra a estudiarla a continuación:

a) Falta de definición y entrega oportuna de planos y diseños.

Indudablemente la entrega de información adecuada por parte de quien encarga la ejecución de una obra resulta fundamental para el derrotero que ha de seguir el deudor de la obligación de hacer, ya artífice, en voces del Código Civil, o ya constructor como en el caso que nos ocupa. El diseño y descripción de la obra materia del asunto sometido a la atención del tribunal hizo parte del contrato CI 0014 “Construcción de las vías de acceso y locación del pozo Iskana 1A”, como objeto del mismo contrato - Cláusula 1 – y también como apéndice 1 “Las Obras”,

documentos que obran dentro del expediente, junto con las adiciones al mismo a manera de otrosí. Empero, no comprende el tribunal el alcance de esta pretensión, puesto que no es posible que dentro de la profesionalidad que debe distinguir a una firma de ingenieros de la prestancia de IEC resulte admisible la suscripción de un contrato, precedido de una extensa etapa de formación, en el cual aparezcan ausentes elementos de diseño, tales como planos, ausencia que entre otras cosas no se apreció reclamada en ninguna de las comunicaciones cruzadas entre partes durante la ejecución de la obra. Esta circunstancia debe llamar la atención del juzgador, como quiera que la conducta de la convocante omisiva durante la ejecución del contrato se tradujo como positiva para la reclamación, en manifiesto desentendimiento de la carga de lealtad que debe regir las relaciones entre las partes negociales. Varios interrogantes surgen entonces de la anterior apreciación del tribunal: ¿Si no existieron planos y diseños suficientes, porqué el contratista dio comienzo a la obra? ¿Por qué el contratista declaró expresamente en su carta de presentación de la oferta - propuesta económica - de 15 de diciembre del 2000, haber revisado cuidadosamente las especificaciones y condiciones de la invitación, y también conocer el objeto del contrato a ejecutar y sus condiciones especificadas?

De otro lado, la falta de definición y de entrega oportuna de planos, diseño e instrucciones invocadas por la convocante como primer sustento del incumplimiento por parte de la convocada carecen de respaldo probatorio, por cuanto de las declaraciones recogidas en el proceso, como del dictamen técnico pericial, no puede deducirse posición contraria. Los testimonios al respecto son dicentes, entre otros de los ingenieros interrogados: Bernardo Antonio Castañeda Camargo: “[...] Los diseños estaban muy completos” (fl. 131 del cdno. de Pruebas N° 3); y Cruz Marin Guerrero Betancourt “[...] sí habían planos” (fl. 188 del cdno. de Pruebas N° 3). [...] “Digamos que lo que a mi me consta lo que había en el momento en que llegué a la obra y por la misma fecha que tienen los planos de lo que llaman la fecha de elaboración de los planos la obra estaba muy bien definida, digamos que sí había aspectos que de pronto hubiera (sic) aspectos que hubiera por definir normal en un proyecto de estos, eso es lo que se soluciona durante la ejecución”; [...] Giancarlo Ariza, ingeniero encargado en el proyecto, y a la sazón funcionario de Hocol: “[...] “... Los documentos necesarios para ejecutar el 99% de los trabajos fueron entregados en oportunidad y solamente los planos de detalles de estos 3 específicos fueron entregados en las fechas mencionadas por el contratista” [...].

El propio Ingeniero director de la obra Carlos José Arce Rojas, respondió ante una pregunta del tribunal sobre definición del proyecto: “Fue definido un proyecto” (fl. 125 cdno. de Pruebas N° 3). El ingeniero César Alberto Rolón Díaz manifestó también en audiencia ante pregunta sobre la entrega de planos a IEC formulada por el apoderado de la parte convocada: ¿Dígale por favor al tribunal si los planos de diseño que usted acaba de revisar entregados por Hocol a IEC en la oportunidad de la invitación a cotizar eran suficientes para el desarrollo del contrato? La respuesta fue: “Sí señor” (fl. 212 cdno. de Pruebas N° 3).

Para corroborar aún más la apreciación del tribunal la pericia técnica rendida por los ingenieros Jorge Torres Lozano y Eduardo Villate Bonilla, en respuesta a los cuestionarios formulados por la convocante, preguntas 20 y 21, si bien anotan que los planos, para la fecha de iniciación de obras, no estaban completos en su totalidad en cuanto a planos definitivos, aclaran como de común ocurrencia en esta clase de obras, la iniciación de las mismas sin que los requisitos enumerados se cumplan en un ciento por ciento, sin que esto se traduzca en obstáculo para la satisfactoria terminación (fl. 90 y 91 del cdno. de pruebas N° 4).

Por las razones expuestas el tribunal no encuentra mérito para reconocer probados los hechos que sirvieron de sustento a esta pretensión.

b) La interferencia en la autonomía técnica, directiva y administrativa del contratista (por parte de la convocada).

Esta diferente manifestación del incumplimiento de la convocada, soporte también de las primeras pretensiones principales, para la convocante se configura ante la desatención por parte de Hocol del precepto contractual (4.1) según el cual el contratista (IEC Ingenieros) ejecutaría el contrato con plena autonomía técnica administrativa y directiva. Sin embargo, esta supuesta autonomía se limitó en el mismo contexto contractual, inclusive en la misma cláusula (4.2), en la cual se expresó: “El contratista se compromete a: [...] 4.2. a ejecutar labores de acuerdo con los diseños técnicos, las instrucciones del plan de manejo ambiental, los requerimientos de la licencia ambiental y las instrucciones del cliente” (subrayado fuera de texto).

Y no de otra manera podría comprenderse la autonomía técnica directiva y administrativa aludida, por cuanto ella debe estar en consonancia con los intereses y directrices propios del dueño de la obra, de manera que se configure una verdadera sinergia negocial. La propia autonomía privada, reconocida como principio fundamental en la organización de un estado de derecho, encuentra limitaciones que buscan preservar su existencia, referidas ellas al ordenamiento legal, el orden público, las buenas costumbres, y para algunos también a los derechos humanos universalmente declarados, de suerte pues que la autonomía en la ejecución del contrato no es limitada sino predicada en función de los intereses del contratante de la obra, intereses reconocidos por la parte convocante contratista. El ingeniero Arce declaró sobre la no realidad de la independencia técnica y administrativa frente a la importancia de la entrada del taladro así: [...] “ese es el fin último para el que nosotros estamos contratados, nosotros estamos contratados para que el taladro entre a tiempo porque lo que a nosotros nos cuesta o al proyecto le cuesta este tipo de misiones son ínfimos comparado con lo que vale un día de taladro” (fl. 117 cdno. de Pruebas N° 3). El contenido de esta declaración es cabal reflejo de las limitaciones funcionales de la autonomía del contrato objeto de la litis, pues el único propósito de la obra contratada era ciertamente la de facilitar el ingreso de un taladro de perforación. Así pues, la relación medio fin se revela como evidente y no puede tomarse en forma alguna como cortapisa de la autonomía contractual, entre otras cosas porque así lo previnieron las partes en el contrato. También sobre este aspecto se pronunció categóricamente el ingeniero Antonio Prada en su declaración cuando manifestó: “IEC tenía autonomía como decía Hocol frente a la interventoría para sacar la obra adelante obviamente” (fl. 160 del cdno. de Pruebas N° 3).

De otro lado, las modificaciones introducidas en el proyecto durante la ejecución de la obra a la cual hace referencia el contrato en mención, no fueron sustanciales al punto de transformar totalmente el objeto original del mismo. Así lo reconocieron los peritos al resolver la pregunta número 21 del cuestionario formulado por la parte convocante (fls. 90 y 91 del cdno. de Pruebas N° 3). Más aun, estimaron los peritos que obras como la que fue objeto del contrato materia de la litis. “no son de altas especificaciones”. [...] “De igual manera tanto su diseño como sus especificaciones técnicas pueden considerarse que tienen características estándar en un alto porcentaje”. En adición a lo anterior, en la misma pericia, respuesta a la pregunta número 24 folios 92 y 93, se destaca cómo, durante la ejecución de las obras las modificaciones efectuadas con relación a los diseños iniciales no tuvieron implicación en costo, salvo en un solo caso asumido por el contratante Hocol.

Para concluir el análisis de estas primeras pretensiones principales debe el tribunal referirse a dos aspectos que se revelan importantes, ante todo por su conexidad con el origen de la presente controversia.

El primero tiene que ver con el nítido desbalance en la experiencia de los equipos de profesionales que de lado y lado se encargaron del desarrollo de la obra, pues mientras en IEC se sucedieron rotaciones diversas de los directores de obra y quien finalmente orientó el inicio de la obra la reconoció como una experiencia nueva (fl. 123 del cdno. de Pruebas N° 3), del lado del contratante —Hocol—, existió un grupo de profesionales con mayor experiencia en la inspección de la misma clase de obras. Esta consideración, que no se refiere en manera alguna al conocimiento y competencia del ilustre grupo de profesionales que tuvo a cargo por la convocante la ejecución de la labor contratada, se adivina como origen del mayor número de diferencias surgidas en la ejecución del contrato.

El segundo se refiere a la invocación de los factores que interfirieron, a juicio de la convocante, la autonomía en la dirección técnica, directiva y administrativa del contrato, como sustento del incumplimiento contractual procesalmente demandado, cuando su reclamación por este aspecto nunca se advirtió en el desarrollo del contrato, de suerte que una autonomía no ejercida ni reclamada oportunamente deviene en conducta contractual que inequívocamente modifica el alcance de las estipulaciones contractuales, pese a cláusula expresa sobre prohibición de esta clase de manifestaciones modificatorias del contrato (cláusula 14). Ciertamente, en la declaración del ingeniero Carlos José Arce Rojas, a la sazón director de obra, manifestó expresamente ante la pregunta del tribunal: ¿Ustedes aceptaron esas modificaciones (las del contrato)? Respondió: “Cumplimos con esas modificaciones”. ¿Cree usted que Hocol aceptó esas modificaciones al contrato? Respondió: “Pienso que sí”.

Está demostrado en el proceso también, por la pericia técnica, respuesta a la pregunta 24 del cuestionario de la parte convocante (fl. 92 del cdno. de pruebas N° 4), y por anotación en el libro de obra sobre suspensión de trabajos en el paro de comunidades (fl. 254 cdno. de pruebas N° 1), y por diversas comunicaciones de Georingiería a IEC, entre otras la del 7 de abril del 2001 (fl. 394 del cdno. de pruebas N° 1), que Hocol

directamente o por medio de la interventoría modificó aspectos no sustanciales de la obra contratada, o definió momentos y lugares de trabajo, pero tal actuación no fue censurada jamás por IEC como lesiva de su autonomía en la ejecución del contrato. Por el contrario, las dos partes convinieron las modificaciones, los ajustes de precio mediante otrosí del 25 de abril de 2001, e incluso los incumplimientos deprecados por Hocol fueron subsanados por este último con llamados a la culminación de la obra, (Carta de Hocol – María Teresa Porras a IEC de 3 de abril de 2001 fl. 392 del cdno. de pruebas N° 1), y a la feliz terminación del contrato (Carta de Hocol –María Teresa Porras a IEC del 9 de mayo de 2001, fl. 426 el cdno. de pruebas N° 1, y previamente en misiva de 12 de febrero de 2001, fl. 465 del cdno. de pruebas N° 2).

Así las cosas, encuentra el tribunal, en aplicación de los cánones de la sana crítica en la apreciación de las pruebas y de la dinámica de las mismas, que de lo anterior no puede inferirse sino la conducta concluyente de las partes para complementar sus estipulaciones precedentes, de manera que no resulta admisible reconocimiento en este laudo de una autonomía en la ejecución del contrato que no podría haber sido plena, como se expuso anteriormente, pero que además no resulta compatible en la forma invocada, con la actitud que inequívocamente asumieron las partes durante la ejecución del contrato.

Por último, y en punto de la conducta concluyente, necesario resulta reproducir aquí el aparte de un reciente laudo arbitral sobre este específico aspecto: “Empero, no puede perderse de vista que las solemnidades constitutivas por disposición particular, se pueden modificar o eliminar por los mismos que las establecieron, sin ninguna cortapisa. Esa la reflexión que se deriva, por analogía legis, de la norma del artículo 1858 Código Civil, como lo señaló la casación de 16 de octubre de 1980 (ord. de Centro Coltejer v. Otis Elevador Co.): “en razón de la autonomía que tienen las partes para gobernar sus relaciones, de modo que el acuerdo de ellas que se infiere de su conducta concluyente les permite deshacer, alterar o complementar sus estipulaciones precedentes, en este caso la necesidad de otorgar instrumento”. De suerte que las partes pueden suprimir la exigencia formal inicial, y hacerlo tanto por medio de una declaración contraria, como simplemente con un comportamiento mediante el cual se den a entender inequívocamente su acuerdo dispositivo, que en cuanto tal puede ser creador, modificador o supresor de relaciones jurídicas. Lo importante es que sea concluyente, esto es, su univocidad”.

“Conducta concluyente que puede estar constituida también por silencios u omisiones en general, que adquieren aquella significación unívoca en fuerza de los deberes de claridad, previsión, lealtad e información concretos, en un momento y en una situación determinados” [\(2\)](#).

¿Cómo entender y valorar las actitudes y conductas coincidentes de IEC Ingenieros y de Hocol en cuanto a reprogramaciones de obra, superación de contratiempos por acuerdo común, suscripción de otrosí, aumento de los volúmenes a pagar, no aplicación de penalidades y liquidación final por convenio con exclusión de obras pendientes de ejecución?

Su conducta teniendo en cuenta los antecedentes y las circunstancias en que se produjo no puede calificarse de indiferente, pues sobre las dos partes recaían cargas negociales específicamente determinadas sobresaliendo ante todo las de corrección, y lealtad recíproca.

Huelga entonces reafirmar que para el tribunal no procede tampoco el reconocimiento de esta pretensión.

c) El paro de comunidades - (tercera pretensión).

En el expediente aparece probada la ocurrencia del paro de comunidades sucedido entre el 20 de marzo y el 31 del mismo mes, según brinda cuenta el libro de obra, folios 39 y 48, arrimado al expediente como parte del cuaderno de pruebas número 1. Los testimonios son coincidentes en destacar la imposibilidad de haber ejecutado obras en presencia del paro, pero también sobre las razones de dicho suceso. En efecto, la realización de obras necesarias para exploración y explotación petrolera genera incomodidades a cualquier comunidad, y la vecina o vecinos al pozo Iskana 1, no fueron la excepción. Se ha demostrado en el proceso también que la relación con las comunidades la orientaba Hocol, entre otras cosas por su experiencia en estas labores, especialmente por la acumulada en la Fundación Hocol, y fue esta fundación quien recibió la comunicación del 21 de febrero de 2001 (fl. 479 del cdno. de pruebas N° 2), donde las juntas de acción comunal elevan su protesta por la falta de concertación con ellas a propósito de las obras del pozo Iskana 1, y donde, entre otras cosas, reclaman beneficios

como contrapartida por el impacto ambiental y social, dotación de puestos de salud, dotación del colegio de la vereda, precaución en el tránsito vehicular y riego de las vías en época de verano. Así pues, las quejas de la comunidad no tenían como único origen los actos ejecutados por IEC Ingenieros, y a las cuales se había referido la firma Recuperación Ltda. en comunicación dirigida a IEC el 9 de febrero de 2001 (fl. 455 del cdno. de pruebas N° 1), sino muchas otras, referidas especialmente a la llamada “compensación por el efecto presente y futuro de las obras”, se reitera, pretensión de común ocurrencia en esta clase de tareas. Si bien IEC debía acatar ciertas directrices en relación con la comunidad, tales como la concesión de oportunidades de trabajo y la precaución en el tráfico de vehículos, el concepto de manejo comunitario fue más global y asumido por la empresa contratante y dueña de la obra Hocol.

En punto a lo anterior, era entonces previsible que la insatisfacción de la comunidad podría generar oposiciones a la obra, situación que demandaba de quien tenía experiencia en dicho manejo, y además dueño de la obra, mayor exigencia y cuidado.

Con ocasión del susodicho paro de comunidades IEC solicitó, mediante misiva del 9 de abril de 2001 (fl. 306 del cdno. de pruebas N° 1) el reconocimiento del mismo como evento constitutivo de “fuerza mayor” y Hocol lo aceptó en su respuesta de un mes después, todo con base en lo dispuesto por la cláusula 11 del contrato suscrito entre las partes, según la cual “si cualquiera de las partes es impedida, perjudicada o retrasada para la ejecución de todas o cualquiera de sus obligaciones aquí contraídas como resultado de fuerza mayor, dicho impedimento o retraso no se considerará como incumplimiento de contrato, y dicha parte quedará librada de tales objeciones mientras dure la fuerza mayor, siempre y cuando exista relación directa entre tal impedimento u demora y la fuerza mayor.

Destaca el tribunal que esta disposición contractual no pretendió liberar a las partes de la ejecución de sus obligaciones, sino simplemente a la parte impedida, perjudicada o retrasada como consecuencia de esta fuerza mayor, y es que es este el verdadero alcance de la fuerza mayor como medio de exoneración de la mora en el cumplimiento de las obligaciones. El deudor imposibilitado por una razón de fuerza mayor puede invocarla válidamente, no para liberarse del cumplimiento obligacional, sino solamente de los perjuicios que el retardo en su ejecución puede acarrearle al acreedor.

Con relación a la institución del no cumplimiento por advenimiento de un elemento extraño, el profesor Fernando Hinestrosa menciona “Al margen de las dos instituciones contrapuestas está la insatisfacción del acreedor por el no cumplimiento del deudor: este no cumplió, pero no incumplió. Su conducta diferente de la exigida en el título acarreó ese resultado nocivo para el acreedor, sin embargo de lo cual no se le deduce responsabilidad o esta se atempera, e inclusive en oportunidades resulta liberado de la propia obligación, si que también de la aneja indemnizatoria, ora por haberse debido aquella conducta y situación a un elemento extraño, ora simplemente, por no haber sido culposa (C.C., arts. 1616 [inc. segundo] y arts. 1729 y ss.)” ⁽³⁾.

Tratándose de una obligación de hacer a cargo de IEC la invocación de la fuerza mayor tuvo como efecto el desplazamiento de los días para culminación de la obra, como en efecto lo reconoció Hocol en la comunicación antes citada, exactamente por el término de días que tomó el desarrollo del denominado paro comunitario. Pero en manera alguna puede el acreedor, dueño de la obra y responsable de la orientación de las comunidades vecinas a las obras, marginarse de su obligación prístina, y aquí contractual, de poner a disposición del deudor el espacio necesario para la ejecución de aquella, libre de perturbaciones. Prueba de lo anterior es que de haberse extendido dicho paro por espacio superior a quince (15) días, el contrato hubiera podido terminar, según estipulación contractual, y hasta ese momento el contratante habría tenido que asumir los costos del personal y equipos prestos a atender el desarrollo de la obra.

La razón anterior llevará al tribunal a reconocer esta pretensión de la parte demandante, con las precisiones de que la exigibilidad de la misma solo ha de producirse desde la presentación de la reclamación que finalmente terminó mediante transacción parcial que no cobijó la presente pretensión, reclamación formulada el día 21 de septiembre de 2001, y de acuerdo con la pericia sobre costos causados durante el paro de comunidades, folio 11, 112 y 113 del cuaderno de pruebas N° 1, respuesta a las preguntas 3.1., 3.2 y 3.3.1 y 3.3.2 del cuestionario de aclaración.

d) El pago de incentivo por desempeño pactado en la cláusula 8.3. del contrato.

El sentido estricto de una cláusula como la pactada por las partes en la cláusula 8.3 del contrato, y desarrollada en el apéndice 5 del mismo, era la de estimular la ejecución completa de la obra en un término de tiempo allí establecido, con bonificaciones por terminación anticipada, y con penalidades para el evento de terminación tardía.

Fue demostrado en el proceso que la obra no se ejecutó dentro del término originalmente convenido por diversas reprogramaciones consentidas por las partes, y la realidad fue que dichas obras culminaron el día 10 de junio de 2001, según comunicación de IEC Ingenieros (fl. 342 del cdno. de pruebas N° 1), pero con la particularidad de haberse excluido de común acuerdo entre las partes algunos aspectos de la obra, para optar por suscribir el acta de recibo final de la misma, (aclaración de la pericia folio 121 del cuaderno de pruebas N° 4), con faltantes de obra que junto con nuevas adiciones fueron encomendadas más tarde por parte de Hocol a la firma Ingehuila.

Así las cosas, para el tribunal carece de todo sustento esta pretensión, por cuanto ni la obra se ejecutó en el tiempo primeramente buscado, ni tampoco las reprogramaciones condujeron a su conclusión total, por acuerdo expreso de las partes, acuerdo que el tribunal encuentra comprensivo de la eliminación de la bonificación pactada como reconocimiento por anticipo en la terminación de la obra, así como también de la penalidad por retardo, que tampoco fue aplicada jamás por la contratante de la obra.

e) Daños y perjuicios.

Habiendo encontrado el tribunal improcedentes las pretensiones de incumplimiento contractual fundadas en la llamada “falta de entrega oportuna de información, planos y diseños” e “indebida intervención en la autonomía administrativa y técnica del contratista”, pierde todo sustento la reclamación por daños y perjuicios que hubiesen generado esas pretensiones de haber sido acogidas. En adición, la mayor cantidad de obra como consecuencia de la resolución de la licencia ambiental y sus efectos sobre el trabajo de cantera, cambio de especificaciones sobre el acueducto y estabilización de placa del taladro, fueron objeto de aumento de precio acordado entre las partes por medio de otrosí al contrato de 25 de abril de 2001, debidamente ejecutado por ellas. Otros aspectos que involucra esta pretensión de daños y perjuicios adicionales y relacionados con “impacto en el plazo contractual ocasionado por la baja productividad debido a la entrada del taladro a la zona de trabajo”, no pueden ser reconocidos por las razones ampliamente expuestas al considerar y rechazar la llamada por la convocante “pretensión de incumplimiento fundada en la indebida intromisión en la autonomía técnica y administrativa del contratista”.

De otro lado el contrato de transacción celebrado por las partes el 21 de diciembre de 2001, reúne todos los requisitos exigidos para predicar su existencia, validez y eficacia aunque de carácter parcial frente a la controversia, pero general con relación a aspectos allí transigidos. Pese a que dicho contrato no se destaca por su acertada redacción y claridad, resulta evidente su apreciación por el tribunal, las controversias por las obras ejecutadas en la curva del llamado “zanjón negro” fueron íntegramente transigidas, de manera que las probables demoras en la negociación de tierras de dicha franja de terreno quedaron involucradas dentro de la mencionada transacción, con las consecuencias jurídicas propias de esta figura tanto las negociales propiamente dichas, definidas en el contrato, como las legales, dispuestas por el ordenamiento normativo correspondiente (C.C., art. 2469).

En cuanto a la reclamación por mayor cantidad de roca encontrada, en el proceso no se demostró ausencia de pago por este concepto de parte de Hocol, es decir, que por el sistema de pago pactado en el contrato, el mayor volumen de roca encontrada fue efectivamente pagado por Hocol, y de la pericia practicada sobre este tema (fl. 96 del cdno. de pruebas N° 1) no deduce el tribunal circunstancias que permitan establecer incumplimiento del contrato por esta razón.

4.2. Las pretensiones subsidiarias.

La convocante consigna como pretensiones de su demanda en defecto de las principales solicitudes de condena subsidiarias, bajo los mismos supuestos fácticos, pero fundadas ahora en la llamada alteración del equilibrio económico del contrato.

Esta figura comercial de aplicación en derecho administrativo como correctora de las desviaciones económicas de los contratos con el Estado como consecuencia por lo general de los llamados “hechos del príncipe”, no está

excluida del derecho privado. Empero, su tratamiento fuera del derecho público no ha sido extenso por la presencia de figuras colindantes con ella como la excesiva onerosidad sobreviniente y la teoría de la imprevisión, esta última legalmente regulada (C. de Co., art. 868).

Es entonces por la razón antes mencionada, que la citada figura debe apreciarse al tenor de los cánones doctrinarios y jurisprudenciales sentados por el derecho administrativo, y según los cuales, si bien se ha reconocido que el equilibrio de los contratos celebrados entre particulares y la administración, o entre solo particulares, puede verse alterado durante su ejecución, solo son causas que justifiquen la revisión del contrato por tal alteración, aquellas que provengan de actos del Estado —hecho del príncipe— o de factores externos y extraños a las partes. Dentro de estos últimos se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son orientadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

Al respecto en la más reciente jurisprudencia sobre este tema, el Consejo de Estado ⁽⁴⁾ consideró:

“[...].

Es necesario precisar la significación y alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto.

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficit eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”.

Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración: “como un cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

[...]”.

Y en punto a la teoría de la imprevisión aplicable solo a los contratos no culminados según criterio de la Corte Suprema de Justicia desde 1936, continúa la mencionada jurisprudencia con la siguiente precisión:

“[...].

En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia, de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal;

“...supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un alea extraordinario; es siempre un alea normal que debe permanecer a cargo del contratante”.

[...]”.

Palmario resulta concluir entonces que la conducta de las partes involucradas en la presente litis mediante la cual fueron modificando el alcance de las estipulaciones del contrato, mediante otrosí, comunicaciones escritas y su propia conducta de inequívoca apreciación, y finalmente mediante “contrato de transacción” aspectos estos ampliamente expuestos por el tribunal al analizar las pretensiones principales de la convocante, excluye la valoración de todo supuesto de imprevisión. Por el contrario, puede afirmarse rigurosamente que en la ejecución del contrato las partes ante las diferentes circunstancias sobrevenidas y no siempre imprevisibles, encontraron

medios de solución, como reprogramaciones, modificaciones al valor convenido, reconocimiento de fuerza mayor, este último en verdad constitutivo de un evento de imprevisibilidad, que el tribunal acogió como pretensión principal de incumplimiento, por lo cual se encuentra excluida su evaluación en este aparte.

Por lo antes expuesto, el tribunal encuentra improcedente el reconocimiento de las pretensiones subsidiarias propuestas por la convocante.

5. La demanda de reconvencción.

La parte convocada en su demanda de reconvencción oportunamente formulada y replicada, solicita declaratoria de condena de la convocante reconvenida también dentro del espectro de la responsabilidad contractual como consecuencia de: a) No haber terminado las obras objeto del contrato; b) Terminación de las obras contratadas con posterioridad al plazo primeramente definido; c) Empleo en la ejecución de la obra de menor relación, horas/hombre, horas/volqueta, horas/maquinaria y equipos de los ofrecidos en la propuesta; d) Perjuicios materiales como consecuencia de las anteriores declaratorias de incumplimiento; e) Aplicación de la penalidad prevista contractualmente; f) Actualización de la condena e intereses moratorios respecto de ella.

Para resolver sobre las anteriores pretensiones el tribunal considera:

1. Sea lo primero advertir que el informe sobre la interventoría técnica y administrativa de Hocol, respecto de la construcción de la vía de acceso y exploración del pozo Iskana 1 A (fls. 315 a 377 del cdno. de pruebas N° 1) brinda estricta cuenta de la realización de la obra contratada, y en aparte alguno hace alusión a incumplimiento por la no terminación de las obras o por terminación extemporánea de las mismas. Las reprogramaciones de obra que alteraron las fechas de culminación originalmente convenidas fueron acordadas de común acuerdo y promovidas especialmente por Hocol (Pericia técnica fl. 116 del cdno. de pruebas N° 4).

2. La pericia técnica en respuesta al cuestionario formulado por el apoderado de Hocol pregunta número uno (fl. 97 del cdno. de pruebas N° 4) destaca el acta de 25 de febrero de 2001 donde las partes convinieron que de no estar listas las obras para el ingreso del taladro el día 18 de abril, Hocol tendría derecho a “entrar con el equipo y personal con el fin de terminar las obras necesarias para que el taladro entre a más tardar el día anotado”. Ciertamente el taladro ingresó para la época del 18 de abril, según quedó demostrado por las anotaciones del libro de obra y múltiples testimonios. Agrega la pericia en la respuesta a la pregunta 9 (fl. 104 cdno. de pruebas N° 4) que “oído el concepto de los intervinientes, las obras faltantes no eran críticas para el cumplimiento del objetivo principal del contrato como era el acceso e instalación del taladro y su posterior operación”.

3. Hocol nunca aplicó el régimen de penalidad por incumplimiento prevenido en la cláusula 8.3 del contrato y regulada en el apéndice 5 del mismo, y si bien esta actitud en términos del mismo contrato (cláusula 14) no tiene por significado la renuncia del derecho a invocar el régimen de penalidades pactado, las comunicaciones escritas de Hocol al contratista mediante las cuales entendió superadas las diferencias surgidas en la ejecución, con invitación a llevar a “feliz término” el contrato suscrito para la exploración del pozo Iskana 1, evidencia claramente la supresión para Hocol de todo presupuesto de incumplimiento contractual (comunicaciones de Hocol a IEC de 12 de febrero de 2001 (fl. 465 del cdno. de pruebas N° 2) , 3 de abril de 2001 , de 9 de mayo de 2001 (fls. 392 y 426 del cdno. de pruebas N° 2).

4. El informe final de interventoría, punto 10, folio 361 del cuaderno de pruebas N° 1, y la misma pericia, pregunta 9 del cuestionario del apoderado de Hocol, folio 104 de cuaderno de pruebas N° 4, destacan que las partes de “común acuerdo” convinieron excluir del contrato CI-0014 – las obras relacionadas con la construcción del sistema de drenaje de aguas lluvias y empradización del mismo.

5. La modificación del contrato en los anteriores términos corresponde al pleno ejercicio de la autonomía negocial y es aplicación directa de la facultad reservada por las partes contratantes de acuerdo con lo prevenido por el artículo 1602 del Código Civil. El informe final de la interventoría brinda cuenta de la liquidación del contrato sin constancia alguna de incumplimiento por parte del contratista.

6 Con relación a las obras encargadas por Hocol a Ingehuila, la pericia contable, página 6 de aclaración, encontró que “no se generó un doble pago a cargo de Hocol por los mismos conceptos”. La pericia técnica encontró también

folio 104 del cuaderno de pruebas N° 4, que por las obras pendientes “no se presentaron costos extras”.

7. En su testimonio la Ingeniera María Teresa Porras, aceptó el ingreso del taladro para la fecha prevista por Hocol y la conclusión de las obras fundamentales para ese momento (fls. 38 y 39 del cdno. de pruebas N° 3).

8. En adición a lo anterior, Hocol no demostró en el proceso la existencia de una mengua patrimonial como consecuencia del invocado incumplimiento de IEC, ni la presencia de los elementos necesarios para la declaratoria de responsabilidad contractual.

9. En cuanto a la posible responsabilidad del contratista por haber ejecutado menor relación de horas equipo, personal y volquetas del ofrecido, no encuentra el tribunal la prueba del menoscabo padecido por Hocol, por cuanto este último canceló el volumen de obra facturado, habiendo de recordar nuevamente la incidencia que en este aspecto tuvieron las modificaciones adoptadas por las partes respecto del objeto preliminarmente convenido.

En este análisis, el tribunal hace eco de sus manifestaciones sobre la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato objeto de la litis, y con mayor razón de cara a la demanda de reconvenición, puesto que la reconveniente Hocol, nunca desplegó actuación reclamatoria tendiente a declarar el incumplimiento de su contraparte, ni durante el desarrollo del contrato, ni en el momento de su liquidación, ni con ocasión de la celebración del contrato de transacción celebrado entre las partes el 21 de diciembre de 2001. Esta actitud de la convocada reconveniente desapareció frente a la demanda promovida por IEC Ingenieros, habiendo entonces adoptado legítimamente por reconvenir a la demandante, pero en abierta contradicción con lo que hasta entonces fue su conducta contractual y negocial, pues como lo destaca la pericia técnica (fl. 98 del cdno. de pruebas N° 4), “[...] los incumplimientos parciales imputables al contratista, fueron subsanados de común acuerdo con el contratante, al punto de no constituir causal grave que diera lugar a la declaratoria formal de incumplimiento”.

En punto a lo anterior, encuentra pertinente el tribunal traer a colación el aforismo “ *venire contra factum proprium* ”, según el cual: A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe ⁽⁵⁾.

En el estudio de esta figura por parte del profesor peruano Manuel de la Puente y Lavalle ⁽⁶⁾ se expone claramente “que el hecho de que una persona trate en una determinada situación jurídica de obtener una victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto, y que, en un caso semejante, la pretensión así defendida no debe prosperar, ni ser acogida, para ser sancionada con la desestimación”. Agrega esta doctrina que para su aplicación se requiere además de una conducta relevante y eficaz de un sujeto de derecho, el posterior intento del mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con su conducta anterior, unido a la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas, y al carácter subsidiario de la misma aplicación, presupuestos que son atendidos en la presente causa.

Por los motivos anteriores, el tribunal habrá de rechazar las pretensiones de la demanda de reconvenición.

6. Algunos aspectos probatorios censurados por la convocada reconveniente.

Dictamen contable y pericia técnica.

La descalificación formulada por la convocada a la contabilidad de la convocante en especial por el registro de los libros de contabilidad en el mes de diciembre de 2001, de la cual dieron cuenta las expertas designadas por el tribunal en su trabajo pericial, folios 1 a 69 del cuaderno de pruebas N° 4, no afecta la validez de la prueba toda vez que los hechos registrados contablemente se sucedieron en la vigencia fiscal y contable del año 2001. No obstante lo anterior, ello no exime a la sociedad IEC Ingenieros de los eventuales requerimientos y sanciones que por dicha extemporaneidad puedan imponerle las autoridades correspondientes.

En cuanto a la pericia técnica, encuentra el tribunal improcedente la objeción por error grave formulada respecto de la misma, por cuanto la valoración del acervo probatorio del proceso por parte de este tribunal, es decir el análisis detenido y minucioso de los documentos y testimonios le llevan a estimar como fundada la pericia. En

adición, varias de las respuestas censuradas no resultaron relevantes para la formulación de la convicción a que ha llegado el tribunal en el presente Laudo, y la que servirá de fundamento para la condena merece el siguiente pronunciamiento: La respuesta dada por los peritos a la pregunta número tres formulada por la parte convocante tiene que ver con la inclusión del porcentaje de AIU para la determinación del costo derivado de los equipos, maquinaria y personal que debieron permanecer inactivos durante el paro de las comunidades.

Sin embargo, debe anotarse que los peritos para realizar el cálculo del stand by de la maquinaria calcularon el valor solicitado con base en los porcentajes correspondientes a costo de propiedad y operario, resultado muy próximo al equivalente a las cinco (5) horas mínimas garantizadas a los propietarios de dichas máquinas, cifras que no incluyen el porcentaje de costos indirectos.

En cuanto a los costos de equipos y personal, en su respuesta los peritos discriminan su costo directo y le adicionan los costos indirectos con base en el porcentaje de AIU acordado por las partes. No son entonces los peritos sino el tribunal quien debe determinar si reconoce el valor total o parcial del citado porcentaje, y en este punto precisamente encuentra el tribunal fundada la objeción, por cuanto ciertamente el porcentaje de AIU no puede aplicarse al cálculo de stand by de los elementos dispuestos para la obra, por cuanto efectivamente no existió actividad de los mismos durante el mencionado paro de comunidades.

Corolario de lo anterior es la fijación de la siguiente base de reconocimiento:

Los intereses moratorios se reconocen de acuerdo con la pretensión novena de la demanda y se negará la actualización de la suma objeto de condena por cuanto la jurisprudencia ha fijado con toda claridad que esta última hace parte del cálculo de intereses.

La confesión ficta.

En su alegato de conclusión la parte convocada reconveniente solicita declaratoria de confesión ficta frente al interrogatorio de parte atendido en el proceso por el señor Camilo Ariel Mesa Latorre. Al margen de recordar que la confesión no constituye por sí misma plena prueba de los hechos debatidos en un proceso, considera el tribunal para este caso que como quiera que las preguntas respecto de las cuales se solicitó dicha declaratoria no resultaron relevantes para la conformación de la presente decisión, toda vez que el tribunal la configuró con base en otros medios de prueba, no se aprecia necesaria la susodicha declaratoria, sin perjuicio de la valoración absolutamente negativa que de la conducta del compareciente hizo entonces el tribunal.

CAPÍTULO III

Parte resolutive

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre IEC Ingenieros S.A., por una parte, y Hocol S.A., por la otra, de que da cuenta el presente proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Deniéganse las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y décima de la demanda.

SEGUNDO. Declárase que Hocol S.A. es deudora de I.E.C Ingenieros S.A., de la suma de ochenta y siete millones trescientos dos mil doscientos veintitrés pesos (\$ 87.302.223) moneda legal por concepto de capital y de cuarenta y nueve millones ochocientos noventa y siete mil quinientos ochenta y seis (\$ 49.897.586) por concepto de intereses moratorios causados hasta la fecha del presente laudo, como consecuencia del incumplimiento del contrato C1-0014 (Construcción de la vía de acceso y explanación del pozo Iskana 1A) por parte de la convocada, por los sobrecostos que causó el llamado “paro de comunidades” durante la ejecución del citado contrato. Esta suma deberá ser cancelada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo arbitral.

TERCERO. Deniéganse las pretensiones subsidiarias de la demanda.

CUARTO. Deniéganse las pretensiones de la demanda de reconvención.

QUINTO. Desestímanse las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención.

SEXTO. Declárase improcedente la objeción al dictamen técnico pericial formulado por la parte convocada.

SÉPTIMO. Sin costas.

OCTAVO. Por secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo con destino a las partes y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOVENO. Protocolícese el expediente en una notaría del círculo de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase. La anterior decisión se notificó en audiencia.

Hernando Parra Nieto, árbitro único—*Florencia Lozano Reveiz*, Secretaria.
