

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

GEOADINPRO LIMITADA

contra

NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil ocho (2008)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y en las demás normas aplicables a este trámite, para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **GEOADINPRO LIMITADA**, parte convocante y, **NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA Y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA**, parte convocada, previos los siguientes antecedentes:

I. ANTECEDENTES

1. EL PACTO ARBITRAL

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en la Cláusula Décimo Séptimo del "Acuerdo para el contrato de exploración y producción del Bloque Azar" que a la letra dispone:

"Décimo Séptimo.- Cláusula compromisoria. Cualquier disputa que presente con ocasión de este acuerdo y que no pueda ser resuelta por las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal Arbitral de conformidad con la Reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá, y conforme a las leyes de la República de Colombia como ley sustantiva. La sede del Tribunal Arbitral será la ciudad de Bogotá. El arbitraje será en idioma castellano y el laudo en derecho. La parte gananciosa tendrá derecho de recuperar las costas y gastos derivadas de la realización del arbitraje. El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros que se designarán como se explica: Cada una de las partes designará 1 árbitro y el tercero, quien presidirá el Tribunal será designado por los dos árbitros elegidos por las Partes. En caso de que los árbitros no se pusieren de acuerdo en la designación o de que alguna de las partes no designara el que le corresponda en un término de 15 días contados desde la presentación de la demanda al centro de Arbitraje y Conciliación, los árbitros no designados serán elegidos por sorteo de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio"
(Folios 162 a 170 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Posteriormente dicha cláusula fue modificada por las partes, en lo relativo al nombramiento de árbitros, cuya memoria obra en el Acta de Nombramiento de Árbitros, correspondiente a la reunión celebrada el día 23 de mayo de 2007 (Cuaderno Principal No. 1, folios 158 y 159), cuyo texto es el siguiente:

"Cualquier disputa que presente con ocasión de este acuerdo y que no pueda ser resuelta por las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal Arbitral de conformidad con la Reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá, y conforme a las leyes de la República de Colombia como ley sustantiva. La sede del Tribunal Arbitral será la ciudad de Bogotá. El arbitraje será en idioma castellano y el laudo en derecho. La parte gananciosa tendrá derecho de recuperar las costas y gastos derivadas de la realización del arbitraje. El tribunal estará conformado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes."

Adicionalmente y en forma posterior dicha cláusula fue modificada por las partes, en el sentido de establecer que el término de duración del proceso arbitral será de doce (12) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, según consta en los respectivos memoriales suscritos por las partes y que obran a folios 258 a 261 del Cuaderno Principal No. 1.

2. PARTES PROCESALES

2.1. Parte Convocante

La sociedad **GEOADINPRO LIMITADA**, sociedad constituida mediante escritura pública No. 3700 del 16 de octubre de 1992, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., comparece a través del señor RICARDO HUMBERTO VILLALOBOS BUSTAMANTE, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 64 y 65 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral la parte Convocante está representada judicialmente por el doctor RICARDO ANDRÉS ECHEVERRI LÓPEZ, según escrito que obra a folios 62 y 63 del Cuaderno Principal No. 2.

2.2 Parte Convocada: la parte convocada está compuesta por:

La sociedad **NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA**, con domicilio en Venezuela, con sucursal en Colombia denominada **NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA**, constituida mediante escritura pública No. 5416 del 24 de agosto de 2006, de la notaría 45 del círculo de Bogotá, aclarada por escritura pública 5629 del 4 de septiembre de 2006, de las misma notaría, con domicilio en Bogotá D.C., comparece a través del señor ROBERTO ATILIO MORA CASTELLANOS, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 154 a 157 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral la parte Convocada está representada judicialmente por el doctor **JULIO CESAR PARRA DUARTE**, según escrito que obra a folio 153 del Cuaderno Principal No. 1.

La sociedad **NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA**, establecida mediante escritura pública No. 1343 del 16 de marzo de 2005, de la notaría 6 del círculo de Bogotá, comparece a través del señor LEONARDO VILLARROEL, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 66 a 67 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral la parte Convocada está representada judicialmente por el doctor **CESAR AUGUSTO LOZANO GUTIÉRREZ**, según escrito que obra a folios 147 a 148 del Cuaderno Principal No. 1.

3. LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

El nombramiento de los árbitros se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el Cláusula Compromisoria. En efecto, las partes de común acuerdo, en audiencia celebrada el día 23 de mayo de 2007, designaron como árbitros principales a los doctores JOSÉ FRANCISCO CHALELA MANTILLA, WILLIAM NAMEN VARGAS y JUAN MANUEL GARRIDO DÍAZ y como suplentes personales a los doctores JAIME HUMBERTO TOBAR, JUAN PABLO CÁRDENAS y ANTONIO ALJURE SALAME.

Los doctores JOSÉ FRANCISCO CHALELA MANTILLA, WILLIAM NAMEN VARGAS y JUAN MANUEL GARRIDO DÍAZ, aceptaron su nombramiento en la debida oportunidad, sin embargo, posteriormente el doctor William Namen Vargas presentó renuncia de su calidad de árbitro por cuanto la Corte Suprema de Justicia lo honró designándolo Magistrado de su Sala de Casación Civil.

Por lo anterior se procedió a notificar al suplente personal, doctor JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, quien aceptó su designación en la debida oportunidad.

4. TRÁMITE ÁRBITRAL

- 4.1. Con fundamento en la Cláusula Compromisoria, el 23 de abril de 2007, GEOADINPRO LIMITADA, presentó demanda arbitral contra NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA Y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA, demanda que fue sustituida el día 9 de mayo de 2007. (Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 61 y 85 a 143).
- 4.2. El 22 de mayo de 2007, se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual, mediante Auto No. 1 (Acta No. 1), el Tribunal se declaró legalmente instalado designó como Presidente al doctor Juan Manuel Garrido Díaz, nombró como Secretaria a la doctora Camila de la Torre Blanche, fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicado en la Avenida el Dorado No. 68D-35 piso 3 de esta ciudad y reconoció personería jurídica a los señores apoderados de las partes. Adicionalmente, a efectos de proceder a la fijación de los gastos y honorarios del Tribunal, se solicitó al apoderado de la parte convocante que precisara de manera clara la cuantía de sus pretensiones, para cuyo efecto se le concedió el término de cinco días (Cuaderno Principal No. 1, folios 189 a 192).
- 4.3. El día 10 de julio de 2007, mediante memorial, el señor apoderado de la parte convocante, ACLARA LA CUANTÍA de las pretensiones de la demanda, las cuales estima en *"una suma superior a MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.979.475.000.00)"* (Cuaderno Principal No. 1, folios 204 y 205).

- 4.4. En audiencia celebrada el día 16 de julio de 2007, el Tribunal, mediante Auto No. 4 (Acta No. 5), fijó los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente entregados al Presidente del Tribunal por las partes.
- 4.5. En audiencia celebrada el 10 de agosto de 2007, el Tribunal, mediante Auto No. 6 (Acta No. 5), se declaró competente para conocer y resolver en derecho, las diferencias sometidas a su consideración de que da cuenta la demanda arbitral sustituida. Adicionalmente, mediante Auto No. 7 de la misma fecha, admitió la demanda arbitral y de ella y sus anexos ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada por el término legal, mediante notificación personal que se surtió en la misma fecha. (Cuaderno Principal No. 1, folios 225 a 236).
- 4.6. El 27 de agosto de 2007, en oportunidad para ello, NCT ENERGY GROUP C.A. contestó la demanda arbitral, con interposición de excepciones de mérito (Cuaderno Principal No. 1, folios 237 a 271).
- 4.7. El 27 de agosto de 2007, en oportunidad para ello, NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA contestó la demanda arbitral, con interposición de excepciones de mérito (Cuaderno Principal No. 1, folios 273 a 310).
- 4.8. El 28 de agosto de 2007, mediante fijación en lista, se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda. (Cuaderno Principal No. 1, folio 314).
- 4.9. El 4 de septiembre de 2007, la parte convocante GEOADINPRO, por intermedio de su apoderado y mediante escrito, se pronunció respecto del traslado de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda, solicitando la práctica de pruebas adicionales. (Cuaderno Principal No. 1, folios 317 a 342).

- 4.10. El 7 de septiembre de 2007, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo conciliatorio alguno. (Cuaderno principal No. 1, folios 343 a 358).
- 4.11. El 7 de septiembre de 2007 a las 9:30 a.m., (Acta No. 6), se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite y mediante Auto No. 9, el Tribunal decretó las pruebas del proceso (Cuaderno principal No. 1, folios 343 a 358)

5. AUDIENCIAS DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO

El trámite arbitral se llevó a cabo en 21 audiencias, en las cuales se asumió por parte del Tribunal competencia, se decretaron y practicaron las pruebas decretadas, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo.

6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Por Auto No. 9, Acta No. 6, el Tribunal de Arbitramento, en audiencia realizada el 7 de septiembre de 2007, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

6.3.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda inicial y su sustitución, el escrito en el que se descurre el traslado de las excepciones y las contestaciones de la demanda inicial con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponda.

Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados y los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios, como parte de las declaraciones, así como aquellos aportados con motivo de las inspecciones judiciales celebradas.

6.3.2. Oficios

Se ordenó oficiar a:

- A la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, para que remitiera copia de todos los estados financieros depositados ante dicha entidad por **NCT ENERGY GROUP C.A.** sociedad extranjera domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, cuya sucursal en Colombia se denomina "**NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA**" y **NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A.** sociedad extranjera domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, cuya sucursal en Colombia se denomina "**NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA**" La respectiva respuesta obra a folios 419 a 419 del Cuaderno de Pruebas No. 3
- A la **ANH**, para que informara sobre los contratos que actualmente tiene "**LA DEMANDADA**" en curso en Colombia e informe la clase de contrato, el valor, la vigencia, firma de ejecución, garantías otorgadas y su valor. Adicionalmente, para que certificara si **NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA**, solicitó o ha solicitado la adjudicación del Bloque "Azar", o el Bloque NCT. La respectiva respuesta obra a folios 39 a 40 del Cuaderno Principal No. 2
- A **ECOPETROL**, para que informe sobre los contratos que actualmente tiene "**LA DEMANDADA**" en Colombia e informe la clase de contrato, el valor, la vigencia, firma de ejecución, garantías otorgadas y su valor. La respectiva respuesta obra a folio 180 del Cuaderno de Principal No. 2
- A **ARGOSY ENERGY INTERNATIONAL**, para que certificara si ella canceló de sus propios dineros, el costo de la constitución de la FIDUCIA, para el Contrato de Exploración y Producción del Bloque "Azar", suscrito entre la ANH y la Convocante. La respectiva respuesta obra a folios 255 a 256 del Cuaderno de Pruebas No. 6

6.3.3. Testimonios, declaraciones de parte y reconocimiento de documentos

El 12 de septiembre de 2007 se recibieron los testimonios de Hernando Alberto Alarcón, Luz Amparo Briceño Triana y Luís Eduardo Peña Riaño.

El 23 de octubre de 2007, se recibieron los testimonios de Fernando José Vera Fernández y Jairo Vidal Cuellar Rodríguez.

El 24 de octubre de 2007, se recibieron las declaraciones los señores Manuel José Treviño Díaz y Roberto Atilio Mora Castellanos, quienes adicionalmente procedieron a ratificar varios documentos que le fueron puestos de presente. Igualmente, se recibió la declaración de parte del señor Ricardo Humberto Villalobos Bustamante.

El 26 de octubre de 2007, se recibieron los testimonios de Jorge José Nehme Karma, Raquel Ángeles Salas Martín, Milagros Lourdes González de Elneser, Edgard Norberto Moncayo Góngora y José Rafael Moreno Ferrero.

Los testimonios de José Luís Acevedo, Luz E. Sarmiento, María Isabel Retiz, Miriam Balmaceda, Víctor Eduardo Pérez y Andrés Mejía que inicialmente se solicitaron y decretaron, fueron desistidos.

Igualmente, las ratificaciones de documentos por parte de María Isabel Retiz, Miriam Balmaceda y Luz E. Sarmiento que inicialmente se solicitaron, fueron desistidos.

6.3.4. Inspecciones judiciales

El Tribunal decretó la práctica de cuatro Inspecciones Judiciales en las instalaciones de la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, NTC ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA, NTC ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y GEOADINPRO LIMITADA, las cuales se practicaron el día 17 de septiembre de 2007. (Acta No. 8)

6.3.5. Dictamen Pericial

6.3.5.1. Se recibió un dictamen pericial Técnico, rendido por el señor Alberto Moncada Fuentes, practicado en los términos solicitados por las partes y por el Tribunal, documento que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 4.

Las partes convocante y convocada, NCT Estudios y Proyectos Sucursal Colombia, solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas de conformidad con lo solicitado y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 6

6.3.5.1. Se recibió un dictamen pericial Contable y Financiero, rendido por el señor Julio Hurtado Gamba, practicado en los términos solicitados por las partes y por el Tribunal, documento que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 5.

Las partes convocante y convocada solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas de conformidad con lo solicitado y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 6

6.3.6. Traducción

El Tribunal decretó la traducción al idioma castellano del contrato suscrito entre la sociedad convocante y la sociedad ARGOSY ENERGY INTERNATIONAL, así mismo del documento anexo en el No. 8 de la contestación de las excepciones "Copia de la página web de Benchmark Energy Corp. En donde aparece la oferta realizada a la Demandante por US 3.000.000.00 por la $\frac{3}{4}$ parte de su interés en el Bloque"

Dicha traducción fue efectuada por la señora María Teresa Lara, traductora oficial, documento que obra en a folios 339 a 362 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

7. AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día 9 de Abril de 2008, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos. (Cuaderno Principal No. 2).

8. AUDIENCIA DE FALLO

El Tribunal, por auto número 31 proferido el 9 de Abril de 2008, señaló el día 16 de junio a las 9:30 a.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo.

9. TÉRMINO PARA FALLAR

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

- a. El día 7 de septiembre de 2007 se realizó la primera audiencia de trámite y en consecuencia el término del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria reformada, vencería el 7 de septiembre de 2008, sin embargo, a solicitud conjunta de ambas partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas:

Acta	Fecha suspensión	Corrientes	Hábiles
Auto No. 20 (Folio 110 CP 2)	Octubre 10 y Octubre 22 de 2007	13	8
Auto No. 24 (Folio 178 CP 2)	Octubre 27 y Noviembre 30 de 2007	35	23
Auto No. 26 (Folio 217 CP 2)	Diciembre 7 y Enero 13 de 2008	38	23
Auto No. 31 (Folio 392 CP 2)	Abril 10 y Junio 15 de 2008	67	43
Total		153	97

- b. Adicionados los días de suspensión del proceso, el término legal para expedir el laudo vence el 7 de febrero de 2009 y, por tanto, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

8. CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

A continuación se presenta una síntesis de los hechos tal y como fueron presentados por la parte Convocante y que han servido como soporte de sus pretensiones:

8.1. Hechos presentados por la Parte Convocante en su escrito de sustitución de la demanda

HECHOS

Capítulo I: ANTECEDENTES DE GEOADINPRO LIMITADA

1. En los hechos relacionados en este capítulo GEOADINPRO LIMITADA indica que es una sociedad comercial, cuyo objeto social es la consultoría técnica en las áreas de geología e ingeniería, representación de compañías de servicios petroleros extranjeras no domiciliadas en el país para Colombia, Ecuador y Perú. Así mismo, es operadora de campos petroleros (hechos 1 y 2).
2. Plantea que durante más de 14 años ha desarrollado diversas consultorías en geología, geofísica, ingeniería de yacimientos, ingeniería de producción con varias compañías operadoras de hidrocarburos. Adicionalmente pone de presente que es una de las 50 empresas calificadas como compañía operadora de hidrocarburos, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (hechos 3 y 4)
3. Así mismo, señala que como compañía operadora, cuando solicita a la ANH la adjudicación de un área de E&P de hidrocarburos, debe una vez efectuado el estudio técnico y económico sobre el subsuelo del área de exploración y producción de hidrocarburos: i) solicitar la adjudicación del área de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos Nos. 008 de 2004 y 031 de 2005, y ii) someterse a un proceso de evaluación y calificación ante la ANH, y, para ello, habrá de acreditar su capacidad técnica, legal, financiera y, operacional según los Acuerdos Nos. 008 de 2004 y 031 de 2005 (hecho 5).
4. Anota la demanda que cuando GEOADINPRO LIMITADA, como compañía operadora, no reúne los requisitos financieros exigidos por la ANH para cada área de exploración y producción de hidrocarburos, debe obtener un socio nacional o extranjero que asuma las garantías líquidas bancarias que exige la Agencia al momento de asignar el área y financie el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos (hecho 6).
5. Manifiesta que como compañía operadora ha suscrito varios contratos de exploración y producción de hidrocarburos, y para el efecto menciona algunos de ellos (hecho 7).

Capítulo II: ANTECEDENTES DE "NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A."

1. De otro lado, señala que NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. es una sociedad comercial constituida según las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, reconocida internacionalmente y acreditada en Colombia, que realiza negocios permanentes en el país desde el mes de marzo de 2005 a través de la sucursal denominada "NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA" (hechos 1 y 2).
2. Añade la demanda que NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. por medio de su sucursal en Colombia está autorizada para suscribir contratos de asociación, producción, exploración o cualquier otro contrato por medio del cual ECOPETROL S.A. o la ANH o cualquier otra empresa nacional o extranjera adelante las actividades de exploración o explotación de hidrocarburos. Así mismo, menciona que por medio de su sucursal tiene por objeto la realización de inversiones en empresas, consorcios o grupos de empresas a través de la adquisición de acciones o participaciones o la suscripción de convenios de asociación o colaboración que pretendan desarrollar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Igualmente, está facultada para solicitar y firmar cualquier garantía financiera, otorgar cualquier título valor, avalar obligaciones contraídas por terceros, realizar todo tipo de operación financiera, asociarse con cualquier empresa que se dedique a actividades de exploración y producción de hidrocarburos y de manera especial, a realizar todos los esfuerzos necesarios para ofrecer sus servicios ante cualquier entidad pública o privada. (hechos 3, 4 y 5).
3. Más adelante señala que NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. ha participado en contratos de exploración y producción de hidrocarburos en Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y México (hecho 6).
4. Respecto de Colombia, la convocante indica que NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. a través de su sucursal participó en servicios de producción incremental en el proyecto Sur-Oriente en la cuenca del Putumayo, en los servicios de reactivación del proyecto Arjona en la Cuenca del Valle Inferior del Magdalena del Departamento del César y en el contrato de producción incremental del campo Hato Nuevo en el Huila. Adicionalmente, pone de presente los porcentajes de participación de la compañía en los primeros dos proyectos (hechos 6 y 7).
5. Concluye que NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. representada por medio de su sucursal en Colombia al haber participado en contratos de exploración y producción de áreas de hidrocarburos tiene amplia experiencia y profundo conocimiento sobre las condiciones económicas, jurídicas, técnicas y financieras que la ANH establece para la adjudicación de los contratos de exploración y producción de hidrocarburos de propiedad de la nación (hecho 8).

Capítulo III: ANTECEDENTES DE "NCT ENERGY GROUP C.A.

1. Plantea la convocada que NCT ENERGY GROUP C.A. es una sociedad comercial constituida según las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, reconocida internacionalmente y acreditada en Colombia, que realiza operaciones permanentes en el país desde el año 2006 a través de la sucursal denominada "NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA" (hechos 1 y 2).
2. Manifiesta la demanda que NCT ENERGY GROUP C.A., por medio de su sucursal, está autorizada para explorar, explotar, transportar, refinar y comercializar hidrocarburos, así como para realizar todas las actividades y labores inherentes o complementarias a la industria de los hidrocarburos y de sus productos derivados, pudiendo para ello, solicitar, tramitar, obtener y usar los títulos jurídicos y de cualquier naturaleza que amparen y den fundamento legal a su objeto social. Igualmente, puede llevar a cabo actividades relacionadas con la geología y geofísica y prospección de proyectos de exploración y producción de petróleo crudo. Finalmente, puede negociar títulos valores en general y constituir garantías reales y personales en respaldo de las obligaciones que contraiga la sucursal, la sociedades o las empresas en las que tenga interés y participar en licitaciones o en contrataciones directas o similares con toda clase de entidades públicas o privadas en forma separada o conjunta, bajo cualquier modalidad de asociación (hecho 3 y 4).
3. Concluye que en desarrollo de lo anterior NCT ENERGY GROUP C.A., por medio de su sucursal, está facultada para asociarse con cualquier empresa que se dedique a la exploración y producción de hidrocarburos (hecho 5).

Capítulo IV: ORIGEN DE LA SOLICITUD DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE DENOMINADO "AZAR"

1. Señala que en agosto del año 2003 ECOPETROL S.A., por medio del denominado "*mapa de tierras*," dio a conocer las áreas territoriales con potencial de hidrocarburos, y mostró las áreas contratadas y no contratadas por las compañías operadoras a fin que éstas aplicarían por una o algunas de ellas para contratos de exploración y producción (hechos 1 y 2).
2. Con base en dicha información, manifiesta la demanda, GEOADINPRO LIMITADA confirmó que en la cuenca geológica del Putumayo había un área no contratada, con altos indicios de potencial de hidrocarburos, por lo cual, efectuó el correspondiente estudio técnico y económico sobre el subsuelo del área libre (hecho 3).
3. Más adelante indica que después de un serio análisis de la información obtenida, consideró que en toda el área libre examinada existía un bloque con altas probabilidades de petróleo con (2) prospectos que podrían contener aproximadamente veinticuatro millones de barriles de petróleo

recuperable, (5) leads y (2) pozos perforados anteriormente que debían ser retrabajados, uno de ellos, el más promisorio - Palmera 1 – aproximadamente con dos millones de barriles de petróleo recuperables. (hechos 4 y 5).

4. Afirma la demanda que de acuerdo con dichos resultados, el 29 de noviembre de 2005, la sociedad convocante solicitó a la ANH el área del bloque denominado "Azar", e indica las coordenadas respectivas. (hechos 6 y 7)
5. Dice que el 13 de diciembre de 2005 la ANH publicó en su página WEB que el bloque "Azar" había sido debidamente solicitado, y, en consecuencia, GEOADINPRO LIMITADA podía proseguir con las negociaciones del proyecto de exploración y explotación de dicho bloque, a fin de ser autorizado para suscribir el contrato de E & P (hecho 8).

Capítulo V: RAZONES DE LA PARTICIPACIÓN DE LA DEMANDADA EN EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE "AZAR"

1. Afirma que el 31 de enero de 2006 inició el proceso de negociación del Bloque "Azar" con la ANH, durante el cual esta última evaluó las condiciones de capacidad técnica, financiera y administrativa de GEOADINPRO LIMITADA de conformidad con el Acuerdo 031 de 2005, con el objeto de determinar las obligaciones y garantías líquidas bancarias, que debía cumplir durante la primera fase de exploración y producción del área (hechos 1 y 2).
2. Pone de presente que GEOADINPRO LIMITADA a pesar de poseer el conocimiento y estudios técnicos del boque "Azar" y haber solicitado su adjudicación a la ANH, para efectos de cumplir con los requerimientos de esta última y como es común en el medio, buscó un socio internacional que aportara el capital y asumiera las garantías bancarias exigidas por la Agencia y de paso, disminuyera la exposición al riesgo, propio de la actividad de exploración y producción de hidrocarburos (hecho 3 y 4).
3. Señala la demanda que GEOADINPRO LIMITADA de no contar con un socio capitalista que asumiera las obligaciones bancarias líquidas exigidas por la ANH, dentro del término señalado por la Agencia, se le negaría la adjudicación y suscripción del contrato de exploración y producción del bloque "Azar" con la ANH (hecho 9).
4. Más adelante señala que el 7 de febrero de 2006 el ingeniero venezolano JOSE LUIS ACEVEDO, quien para la fecha laboraba en la compañía AVANTE PETROLEUM, le manifestó a GEOADINPRO LIMITADA que la sociedad Convocada estaba participando en negocios de exploración y producción de petróleo en el país y que podría tener interés en vincularse al contrato de exploración y producción del bloque "Azar" (hecho 5).

5. En ese sentido, el 20 de febrero de 2006, GEOADINPRO LIMITADA presentó el proyecto a los representantes de la DEMANDADA, informándoles las actuaciones surtidas con la ANH hasta el momento. Agrega la demanda, que durante la presentación GEOADINPRO LIMITADA le declaró a la sociedad Convocada que su vinculación al proyecto del bloque "Azar" le implicaba asumir el pago de todas las inversiones económicas, garantías bancarias y demás inversiones y gastos requeridos, especialmente los relativos a las garantías bancarias líquidas exigidas por la ANH para el desarrollo de la primera fase de exploración y producción del área (hechos 6, 7 y 8).
6. Indica que GEOADINPRO LIMITADA en contraprestación asumió las siguientes obligaciones de hacer:
 - Suscribir el contrato de adjudicación del bloque "Azar" con la ANH para ejecutar las fases de evaluación, exploración y explotación del Área;
 - Ceder a la sociedad Convocada el 60% de participación en el contrato que se suscriba con la ANH;
 - Entregar a la sociedad Convocada, toda la información asociada al área, incluyendo la información inicial y su interpretación;
 - Aportar el conocimiento técnico y la experiencia en exploración y producción de hidrocarburos en el área.

Adicionalmente reitera que GEOADINPRO LIMITADA cedió a la sociedad Convocada tal porcentaje significativo de participación en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", para cumplir con los requerimientos financieros y económicos de la ANH, a fin que su propuesta para suscribir dicho contrato no fuera rechazada (hecho 10).

7. Así mismo, informa que la Cuenca del Putumayo donde está ubicado el bloque "Azar" tiene tal potencial de hidrocarburos que las compañías petroleras extranjeras asumen las garantías bancarias exigidas por la ANH y demás gastos operacionales a cambio de una buena participación económica en un bloque cuyo estudio sísmico indique grandes posibilidades de petróleo. Garantías y gastos que ante un eventual yacimiento de petróleo se recuperarían rápidamente. Agrega que así funciona el negocio de exploración y explotación de hidrocarburos en Colombia (hecho 11, 12 y 14).
8. Anota que al finalizar la presentación del proyecto, el 20 de febrero de 2006, los representantes de la Convocada le expresaron a GEOADINPRO LIMITADA su interés en participar en la exploración y producción del bloque "Azar", y, establecieron como condición de su participación que resultara favorable el denominado "*Due Diligence*", el cual sería realizado directamente por esa compañía dentro del mes siguiente a la fecha de suscripción del contrato (hecho 15).

9. Practicado el "*Due Diligence*", éste reveló que el Bloque "Azar" tiene en dos de los prospectos, una expectativa de volumen de reservas recuperables de petróleo estimadas en 22 millones de barriles (hecho 13).
10. Se manifiesta en la demanda las razones que motivaron a la sociedad Convocada a participar en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", a saber:
- (i) "El bloque "Azar" además de la oportunidad exploratoria podía tener una producción casi inmediata de petróleo por cuanto dentro del bloque existen dos pozos petroleros que se perforaron en la década de los 90 y sus registros eléctricos mostraban la presencia de hidrocarburos;
 - (ii) GEOADRINPRO LIMITADA estaba aceptada por la ANH para firmar del bloque "Azar" y por consiguiente, se encontraba calificado como operador, y;
 - (iii) En razón a la producción esperada de los pozos por su promedio histórico de los campos vecinos – superior a mil barriles diarios – permitirían un muy rápido recobro de la inversión."
11. Afirma que GEOADRINPRO LIMITADA aceptó la participación de la sociedad Convocada dentro del proyecto una vez evaluó su capacidad financiera, su experiencia en el sector de hidrocarburos y su trayectoria en el país como empresa de producción, por lo que se dio inicio entre las partes, a la discusión de las condiciones económicas y jurídicas de la relación contractual que se materializaron en el contrato de marzo 28 de 2006 (hecho 17).
12. En dichos acuerdos previos, la demandada asumía el cien por ciento (100%) de las inversiones económicas requeridas para el cumplimiento de las obligaciones con la ANH, entre las que están la constitución del encargo fiduciario, el otorgamiento de una carta de crédito y el pago de las demás inversiones y gastos que garantizaran el programa mínimo de inversión establecido para la primera fase de exploración y producción del bloque "Azar", estimados contractualmente, en dos millones doscientos mil dólares americanos. (hecho 18).

Capítulo VI: DE LAS NEGOCIACIONES PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE "AZAR"

1. Afirma la demanda que el 25 de febrero de 2006 le envió a GEOADRINPRO LIMITADA un borrador del contrato de exploración y producción del bloque "Azar" y para el efecto destaca algunas de obligaciones a cargo

de NCT, tales como las actividades de inversión requeridas para la sísmica inicial, la reparación del Pozo Palmera 1 y los estudios requeridos para determinar el potencial exploratorio y de desarrollo del bloque, objeto del Contrato de E y P con la ANH; el 100% de la inversión para las actividades requeridas para el cumplimiento de las obligaciones mínimas asumidas con la ANH en el contrato de E & P del bloque Azar, así como la consecución y pago de una fianza de una compañía de seguros o del colateral requerido por un banco aceptado por la ANH para emitir a favor de la ANH una carta de crédito irrevocable de garantía para garantizar el programa mínimo de inversión comprometido ante la ANH.

2. Añade que el 7 de marzo de 2006, en una reunión adelantada entre los representantes de las partes, en el Hotel Radisson de Bogotá, la demandada consultó a GEOADINPRO LIMITADA si la constitución de la garantía bancaria debía cubrir sólo el primer año de ejecución de la fase de exploración y producción del bloque "Azar" o si por el contrario se hacía extensiva a más años. Por su parte, GEOADINPRO LIMITADA contestó que por disposición del reglamento de la ANH, las garantías bancarias se otorgarían para la ejecución de la primera fase. Pone de presente, que de acuerdo a lo anterior, la demandada conocía desde marzo 7 de 2006, la existencia de las obligaciones bancarias establecidas en favor de la ANH (hecho 2 y 3).
3. Afirma que el 28 de marzo de 2006 las partes suscribieron el contrato de exploración y producción del bloque "Azar".

Capítulo VII: DEL CONTRATO: "ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE "AZAR"

1. En este capítulo indica que las partes finalmente celebraron el contrato de asociación, el cual fue elaborado por la sociedad demandada y se denominó *"ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE AZAR"*, cuyo objeto era *"fijar las bases para participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Área Azar..."* (hecho 1, 2 y 3)
2. En ese sentido enfatiza la demanda en la asociación existente entre las partes en torno a un propósito común de exploración y explotación del bloque "Azar", por lo que más adelante hace referencia a las obligaciones recíprocas e independientes que asumen cada una de ellas en el contrato (hecho 4 y 5).
3. Primero trae a colación las obligaciones comunes a las partes comprendidas en la cláusula primera y en el numeral 3 de dicha cláusula, así como a las cláusulas tercera, séptima, novena, décima octava, décima, undécima, décima tercera, décima cuarta y décima quinta del contrato. (hechos 6 y 6.1.).
4. En lo que tiene que ver con las obligaciones de la sociedad demandada, la convocante hace referencia a la contenida en la cláusula primera numeral 3

del contrato, relacionada con el denominado "*due diligence*". Así mismo, menciona la cláusula sexta relativa a la garantía bancaria y, adicionalmente, menciona otras obligaciones estipuladas en las cláusulas décima segunda, décima quinta y décima sexta del contrato (hecho 6.2).

5. En cuanto a las obligaciones que asumió GEOADINPRO LIMITADA en el contrato, hace alusión a las comprendidas en las cláusulas numerales 1, 2 y 3 de la cláusula primera del contrato. Igualmente, a las contenidas en las cláusulas sexta, décima segunda, décima quinta y décima sexta de dicho acuerdo contractual (hecho 6.3).
6. Posteriormente hace algunas precisiones en torno a obligaciones a plazo o condicionales que considera ilegales. En ese sentido menciona las obligaciones contenidas en las cláusulas primera, segunda y décima novena del contrato, relacionadas con el resultado que arrojará el denominado *Due Diligence*, señalando que son abusivas en cuanto dependen de la mera voluntad de la demandada, y por lo mismo, representan condiciones meramente potestativas, las que de conformidad con el Artículo 1.535 del Código Civil, son nulas (hechos 6.4, 6.4.1, 6.4.2, 6.4.3 y 6.4.8 y 7).
7. De otro lado, pone de presente que la obligación que consagra la cláusula cuarta del contrato es nula según lo dispone el artículo 1.522 del Código Civil, toda vez que implica la condonación del dolo futuro (hecho 6.4.4).
8. Concluye afirmando que algunas de las obligaciones contenidas en la cláusula sexta del contrato son claramente abusivas, en la medida que desconocen los porcentajes de participación definidos en la cláusula quinta del mismo, toda vez que con dichas obligaciones se pretende despojar a la Convocada de un porcentaje en las utilidades superior al permitido según el contrato (hechos 6.4.5 y 6.4.6).
9. Finalmente, menciona dentro de las obligaciones ilegales, la consagrada en la cláusula octava del acuerdo contractual, según la cual, "*Las Partes acuerdan que NCT será el Operador del Área, en el supuesto de que el Due Diligence que realizará NCT resulte satisfactorio y decida participar en el Proyecto y siempre y cuando esté calificado como operador ante la ANH y aceptado por esta como tal en el Bloque Azar*". (hechos 6.4.7)

Capítulo VIII: DEL DUE DILIGENCE COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DEL CONTRATO: "ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE "AZAR"

1. Se dice en los hechos de este capítulo que en el contrato se acordó que la convocada, evaluaría el bloque "Azar" a través del denominado "*Due Diligence*" para lo cual se estableció un plazo contractual de un mes, contado desde el 28 de marzo de 2006 (hecho 1).
2. Pone de presente que durante el término de realización del "*Due Diligence*", la convocante le informó a la Demandada que la ANH aceptó las

obligaciones establecidas en el "Acuerdo para el contrato de exploración y producción del bloque "Azar" a partir del 28 de marzo de 2006 (hecho 2).

3. Afirma que el 28 de abril de 2006 la Convocada mediante comunicación electrónica solicitó a GEOADINPO LIMITADA una extensión del plazo hasta el 16 de mayo de 2006 para cumplir con la conclusión del "*Due Diligence*" (hechos 3 y 4).
4. Agrega que el 12 de mayo de 2006 la Convocada le comunicó por vía electrónica a GEOADINPRO LIMITADA que el "*Due Diligence*" concluyó, y en la reunión realizada entre los representantes de las partes, el 19 de mayo de 2006, le ratifica que éste resultado satisfactorio. Por lo anterior el 19 de mayo de 2006 se dio cumplimiento tardío por parte de la Convocada a la condición establecida para participar en el proyecto del Bloque "Azar", y en consecuencia, se hacen exigibles las obligaciones contractuales a cargo de las partes. (hechos 5, 7 y 8).
5. Informa que en firme el resultado satisfactorio del "*Due Diligence*" las partes adelantaron todas las actuaciones tendientes para obtener la suscripción del contrato de exploración y producción del bloque "Azar" (hechos 6 y 9)
6. Adicionalmente, como una confirmación al resultado favorable del "Due Diligence", señala que el 22 de mayo de 2006 la Convocada le informa por vía electrónica a GEOADINPRO LIMITADA que "*.... El acuerdo lo firmamos dos empresas NCT ENERGY GROUP C.A. y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA, esta semana nosotros decidiremos si iremos ambas empresas consorciadas o crearemos un vehículo único especial para ir a ANH*" (hecho 10).
7. Finalmente, informa que actuando bajo el postulado de la buena fe y teniendo en cuenta el resultado satisfactorio del "*Due Diligence*" y que las negociaciones ante la ANH pronto concluirían debido a que la Demandada asumiría el pago de las garantías bancarias, el 2 de junio de 2006 GEOADINPRO LIMITADA mediante comunicación escrita le comunicó a la ANH su intención de ceder a la Demandada, el 60% de su participación en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo de la cláusula primera del contrato. (hecho 11)

Capítulo IX: DEL ENCARGO FIDUCIARIO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DENOMINADO "ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE "AZAR"

1. En este capítulo de hechos la convocante expone que de conformidad con el Acuerdo Número 031 de 2005, la ANH, al momento de evaluar la capacidad financiera de una compañía operadora solicitante de un área de hidrocarburos, y a fin de mitigar los riesgos financieros y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la primera fase del proyecto, puede

solicitar garantías líquidas que respalden la existencia de los recursos y compensen la capacidad financiera del proponente. Dichas garantías bancarias "... pueden comportar esquemas fiduciarios u otros similares, tales como seguros, cartas de intención de otorgamiento de créditos por parte de un banco..." (hechos 1 y 2);

2. Plantea que por exigencia de la ANH, la convocante debía constituir un encargo fiduciario y una carta de crédito (hecho 3).
3. Informa que el 5 de abril de 2006, mediante comunicación electrónica, GEOADRINPRO LIMITADA remitió a la Demandada copia del programa exploratorio acordado con la ANH en donde consta de manera inequívoca, que se prevé para la primera fase una inversión estimada de Us. 570.000 y les ratifica, que se debe constituir una fiducia mercantil por dicho valor (hecho 4)
4. Agrega que el 6 de abril de 2006 la Convocada le solicitó a GEOADINPRO LIMITADA un estimado de los compromisos bancarios a fin de "planificar caja" y dar cumplimiento a las obligaciones bancarias exigidas por la ANH.

Plantea que con base en la mencionada comunicación, se puede aseverar que la Demandada conocía que tenía a su cargo la obligación de pagar las garantías bancarias. Más aún, para realizar una correcta planificación financiera que le permitiera cumplir con sus obligaciones bancarias solicitó un estimado del valor de las mismas. Afirma la demanda, en otras palabras, que dichas obligaciones no eran hechos desconocidos o nuevos para la Demandada, como dolosamente lo quiso hacer valer en la comunicación por medio de la cual decidió de manera unilateral no continuar participando en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar" (hecho 5).

5. Más adelante señala que el 20 de abril de 2006, mediante comunicación electrónica, GEOADINPRO LIMITADA nuevamente le informa a la Demandada que la constitución de la fiducia mercantil representa un desembolso aproximada de Us.600.000.00 por ser el valor estimado a ejecutar en la primera fase (hecho 6).
6. De otra parte, indica que el 20 de junio de 2006 la abogada Luz Amparo Briceño, en nombre de la Convocada, citó a GEOADINPRO LIMITADA a una reunión para el 22 de junio de 2006, en sus oficinas. A esta reunión también asistió el señor Roberto Mora a fin de discutir los términos del encargo fiduciario que la Demandada debía constituir de conformidad con sus obligaciones contractuales. En consecuencia, la abogada Briceño coordinó una reunión con FIDUPOPULAR para que la Demandada, constituyera la fiducia mercantil en favor de la ANH (hechos 7 y 8).
7. Así mismo, anota que el 28 de julio de 2006, mediante comunicación electrónica, la Demandada respondió a la comunicación remitida el 26 de julio del mismo año por GEOADINPRO LIMITADA, en la cual manifiesta que conoce su obligación de constituir una fiducia mercantil y una carta de

crédito a favor de la ANH para garantizar el cumplimiento de la obligación contractual de la primera fase del contrato (hecho 9).

8. Añade que el 2 de agosto de 2006 se reunieron en las oficinas de FIDUPOPULAR el doctor Ricardo H. Villalobos representante legal de GEOADINPRO LIMITADA y los doctores Fernando Vera, Luz Amparo Briceño, Roberto Mora en representación de la Demandada y la doctora Luz Eugenia Sarmiento – Vicepresidente de Negocios Fiduciarios – Myriam Balmaseda Pupo – Gerente de Negocios Fiduciarios – y la doctora Maria Isabel Retis en representación de FIDUPOPULAR. Fruto de la reunión, señala la demanda, la Convocada se obligó a depositar los Us. 570.000 de la fiducia mercantil antes del 15 de agosto de 2006 (hechos 10 y 11).
9. Más adelante hace referencia a una comunicación remitida por la ANH a GEOADINPRO LIMITADA, en la cual se le informa que *"... El Consejo Directivo de la ANH en sesión del 21 de julio de 2006 impartió su autorización para la celebración del contrato de exploración y producción "azar"..."* No obstante, aclara que *"... de manera previa a la suscripción del contrato E&P GEOADINPRO LIMITADA deberá constituir una fiducia mercantil con destinación específica y con carácter irrevocable que asegure la existencia de los recursos necesarios para que el contratista desarrolle las actividades previstas en la primera fase del contrato..."* Luego, advierte que *"...la constitución de la fiducia es independiente de la constitución de la garantía prevista en la minuta del contrato. A saber, la carta de crédito"*. (hechos 12, 13 ,14 y 15).
10. Igualmente, la comunicación mencionada establece que *"...deberá aportarse en forma previa a la suscripción del contrato de E & P la certificación fiduciaria en la que el fiduciario certifique que los recursos ya ingresaron al patrimonio autónomo constituido para tal efecto"*.
11. Finalmente, indica que; *"...el plazo para la suscripción del contrato es de 30 días calendarios contados a partir del recibo de esta comunicación de conformidad con el artículo 14 del Acuerdo 008 del 2004, modificado por el acuerdo 003 de 2006"* .
12. Más adelante la demanda analiza la mencionada comunicación y presenta sus conclusiones, así:
 - (i) GEOADINPRO LIMITADA cumplió de manera oportuna y eficiente los diversos requerimientos formulados por la ANH, de modo que dicha entidad decidió autorizar la suscripción del contrato, es decir, GEOADINPRO LIMITADA cumplió con las obligaciones a su cargo en el contrato suscrito con la Convocada.
 - (ii) Por lo cual, desde el mes de febrero de 2006, debía constituir de manera previa a la suscripción del contrato y a favor de la ANH las garantías bancarias – fiducia mercantil y carta de crédito – exigidas según lo dispone el Acuerdo 031 de 2005;

- (iii) El contrato debía ser suscrito dentro de los 30 días calendario contados a partir del 14 de agosto de 2006, por lo que las garantías debían constituirse y acreditarse a la ANH antes del 14 de septiembre de 2006;
- (iv) La fiducia mercantil debía constituirse con destinación específica y carácter irrevocable;
- (v) De suerte que, la convocada conocía plenamente el monto de las actividades previstas y de las garantías bancarias que debían constituirse para la primera fase del contrato, por cuanto le habían sido informadas desde febrero de 2006 y muchas oportunidades por GEOADINPRO LIMITADA.

13. Afirma que la Convocada no constituyó el encargo fiduciario ni la carta de crédito en favor de la ANH por lo que incumplió sin justa causa el contrato de exploración y producción del bloque "Azar" (hecho 19).

Capítulo X: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

En este capítulo, la parte Convocante hace referencia a los incumplimientos que se han presentado por parte de la Demandada, de manera adicional al incumplimiento del término establecido en la Cláusula Primera del contrato para la entrega de los resultados del "*Due Diligence*", a saber:

1. Plantea que mediante comunicación escrita del 16 de agosto de 2006 la Demandada le comunicó a GEOADINPRO LIMITADA que no continuaría participando en el proyecto del Bloque "Azar". Lo que constituye, en opinión de la convocante, un incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, porque de manera unilateral e injustificada decidió terminar la asociación acordada por las partes desde el 28 de marzo de 2006. Agrega que, aunado a lo anterior, la Demandada igualmente incumplió injustificadamente con la constitución de las obligaciones bancarias a su cargo (hecho 1).

Respecto a la comunicación del 16 de agosto del 2006, la Convocante hace las siguientes precisiones:

- a. La Demandada adujo para su no participación en el contrato del Bloque "Azar", que el "*Due Diligence*" practicado al área, no resultó satisfactorio para sus intereses y que la fiducia era un elemento nuevo en el proceso de negociación.
- b. Esos móviles invocados por la Demandada carecían de fundamento legal, contractual o fáctico, toda vez que resultan contrarios a lo manifestado por dicha sociedad desde 19 de mayo de 2006, y a lo fundamentado en el "*Due Diligence*" que ella misma realizó.

- c. Adicionalmente, por medio de la comunicación escrita de fecha 22 de mayo de 2006, la Demandada había ratificado su decisión de participar en el contrato de E & P.
 - d. En relación al encargo fiduciario, desde la presentación del proyecto por parte GEOADINPRO LIMITADA, realizada el 20 de febrero de 2006, la Demandada conocía esa obligación y su monto.
 - e. Así mismo, a través de la comunicación electrónica del 6 de abril de 2006, la Demandada ratificó que conocía la obligación de constituir la fiducia mercantil y en varias comunicaciones remitidas a la abogada BRICEÑO se le solicitó que incluyera en el contrato la cláusula de la fiducia mercantil.
 - f. Por lo cual, el 26 de julio de 2006, mediante comunicación escrita remitida a GEOADINPRO LIMITADA, informó que la abogada BRICEÑO ya había incluido en el contrato la cláusula de la fiducia mercantil.
 - g. El mismo 26 de julio de 2006, GEOADINPRO LIMITADA informó a la Demandada, que la fiducia debía constituirse antes del 15 de agosto de 2006, a lo cual respondió la Demandada, el día 28 de julio de 2006 que "excelente".
 - h. El 2 de agosto de 2006, en la reunión sostenida con FIDUPOPULAR, la Demandada se obligó a constituir el encargo fiduciario, antes del 15 de agosto de 2006.
2. Afirma que la Demandada, de conformidad con su comunicación, no constituyó el encargo fiduciario, ni otorgó la carta de crédito, ni realizó las inversiones económicas que requería la adjudicación del bloque "Azar", estimadas contractualmente en Us\$2.200.000 (hecho 2).
3. Más adelante pone de presente que el 14 de agosto de 2006 la Convocada radicó ante la ANH, a título propio, una solicitud de adjudicación del bloque "Azar" al que designó "NCT". Al respecto, afirma la demanda, esa comunicación es la más elocuente prueba de la estrategia irregular emprendida por la Convocada para apropiarse de manera exclusiva y excluyente del Bloque "Azar". Así mismo, afirma que constituye un grave incumplimiento contractual y un claro abuso del derecho y mala fe, por cuanto dicha solicitud viola las cláusulas cuarta, décima tercera, décima cuarta y décima octava del contrato (hechos 3 y 4).
4. Manifiesta que de acuerdo a los mencionados incumplimientos hace efectiva la cláusula penal consagrada en la cláusula Cuarta inciso final del contrato.

Capítulo XI: HECHOS QUE MATERIALIZAN EL ABUSO POR FALTA DE TRANSPARENCIA, LEALTAD, EQUIDAD Y BUENA FE DE LA DEMANDA

1. En este capítulo afirma la Convocante que los incumplimientos por parte de la Demandada, los cuales incluyen, la no constitución del encargo fiduciario; el no otorgamiento de la carta de crédito, y el incumplimiento de las demás obligaciones económicas derivadas del contrato y, aunado a lo anterior, la solicitud de adjudicación del bloque "Azar" ante la ANH al que se denominó "NCT", generó que GEOADINPRO LIMITADA asumiera las obligaciones patrimoniales y contractuales – fiducia mercantil y carta de crédito – que le correspondían a su contraparte (hecho 1).
2. Como consecuencia de dichos incumplimientos, manifiesta la demanda, GEOADINPRO LIMITADA se expuso a perder la adjudicación del bloque "Azar", toda vez que tenía solo hasta el 15 de septiembre de 2006 para firmar el contrato con la ANH, y las garantías bancarias debían acreditarse antes de esa fecha. Por lo cual, tuvo que buscar en menos de 30 días, una nueva compañía interesada en participar en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", que asumiera y garantizara el pago de las obligaciones económicas de dicho proyecto (hechos 2 y 3).
3. El 18 de agosto de 2006 GEOADINPRO LIMITADA presentó el proyecto del bloque "Azar" a la compañía ARGOSY ENERGY INTERNATIONAL (Gran Tierra), con quien finalmente se asoció (hecho 4).
4. Informa que, por lo limitado del tiempo y ante el riesgo inminente de perder el Bloque "Azar", la Convocante tuvo que aceptar condiciones económicas inferiores a las acordadas con la Demandada. En ese sentido, se vio obligada a fijar con ARGOSY ENERGY INTERNATIONAL un porcentaje de participación económica de tan solo un 20%, mientras con la Demandada la participación era de un 40% (hechos 6 y 7).
5. Finalmente, afirma que la Convocante se vio forzada a solicitar tres prórrogas a la ANH para concluir el traslado de los fondos a la fiducia mercantil y que tan sólo hasta el 12 de septiembre de 2006 dicha prórroga fue autorizada por 30 días calendarios para la suscripción del contrato (hecho 9)

Capítulo XII: PERJUICIOS

Manifiesta la Convocante que por el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a cargo de la Convocada le han generado innumerables perjuicios, por las siguientes razones:

- (i) No pudo contratar de forma inmediata con la ANH el área o bloque "Azar", teniendo que pedir tres prórrogas, lo que produjo un alto riesgo de perder el bloque "Azar" por no constituir en forma oportuna

las garantías bancarias líquidas como son, el encargo fiduciario y la carta de crédito exigidas por la ANH, las cuales obtuvo y sufragó.

- (ii) Le generó un perjuicio económico en tanto que tuvo que tramitar un proceso de negociación con un nuevo socio, lo que constituyó la disminución en el porcentaje de participación del 40% al 20% sobre las eventuales utilidades del área o bloque "Azar".

8.2. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes

El ejercicio del derecho de acción y de réplica se ha presentado así en este trámite:

8.2.1. Pretensiones de la parte Convocante

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de sustitución de la demanda, la parte Convocante solicita al Tribunal que se pronuncie sobre las siguientes pretensiones:

"PRETENSIÓN PREARBITRAL"

"PRIMERA.- Que previo al trámite de ley, se integre e instale un tribunal de arbitramento, de acuerdo con lo señalado por los sujetos materiales y procesales del pacto arbitral en la cláusula "Décimo Séptimo" del contrato de exploración y producción del bloque "Azar", celebrado entre GEOADINPRO LIMITADA y "LA DEMANDADA" el día 28 de marzo de 2006."

"DECIMO SEPTIMO.- CLÁUSULA COMPROMISORIA.-

Cualquier disputa que se presente con ocasión de este acuerdo y que no pueda ser resuelta por las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal Arbitral de conformidad con las Reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá, y conforme a las leyes de la República de Colombia como ley sustantiva. La sede del Tribunal Arbitral será la ciudad de Bogotá. El arbitraje será en idioma castellano y el laudo en derecho. La parte gananciosa tendrá derecho a recuperar las costas y gastos derivados de la realización del arbitraje. El tribunal estará conformado por tres (3) árbitros que se designarán como se explica: Cada una de las Partes designará 1 árbitro y el tercero, quien presidirá el Tribunal será designado por los dos árbitros elegidos por las partes. En caso de que los árbitros no se pusieren de acuerdo para la designación o de que alguna de las partes no designará el que le corresponda en un término de 15 días contados desde la presentación de la demanda al

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, los árbitros no designados serán elegidos por sorteo de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“SEGUNDA: Que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria arbitral antes referida, el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de la siguiente manera “...cada una de las Partes designará 1 árbitro y el tercero, quien presidirá el Tribunal será designado por los dos árbitros elegidos por las partes. En caso de que los árbitros no se pusieren de acuerdo para la designación o de que alguna de las partes no designará el que le corresponda en un término de 15 días contados desde la presentación de la demanda al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, los árbitros no designados serán elegidos por sorteo de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá”. De manera atenta, se requiere para los efectos del numeral 4º del artículo 129 del Decreto 1818 de 1998, la citación a las partes a una audiencia para la designación de los árbitros que habrán de definir el conflicto, y en caso que las partes no designarán al que le corresponda, en un término de 15 días contados desde la presentación de la demanda, se solicita que mediante el sistema de sorteo público se designe por ese Centro, entre los árbitros inscritos en su lista “A”, a quienes habrán de conformar el Tribunal de Arbitramento.”

<p>PRETENSIÓN PRINCIPAL ARBITRAL “INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA”</p>

“PRIMERA.- Que se declare que entre la sociedad GEOADINPRO LIMITADA y “LA DEMANDADA” se celebró y suscribió el 28 de marzo de 2006, el contrato para la exploración y producción del bloque “Azar”.

“SEGUNDA.- Que se declare que “LA DEMANDADA” incumplió el contrato que celebró y suscribió con GEOADINPRO LIMITADA el 28 de marzo de 2006, por lo que deberá resolverse.”

“TERCERA.- Que se declare que “LA DEMANDADA” está en mora de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato de exploración y producción del bloque “Azar”, desde el día 28 de abril de 2006.”

“CUARTA. Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento sin justa causa, se condene a “LA DEMANDADA” de manera solidaria al pago de la cláusula penal pecuniaria de conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de exploración y producción del bloque “Azar”.

<p>PRIMERA PRETENSIÓN ARBITRAL SUBSIDIARIA: “INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y REAJUSTE DE LA CLÁUSULA PENAL”</p>

"De no prosperar la pretensión principal, de manera respetuosa, le solicito al H. Tribunal de Arbitramento se sirva acceder a la siguiente:

"PRIMERA.- Que se declare que entre la sociedad GEOADINPRO LIMITADA y "LA DEMANDADA" se celebró y suscribió el 28 de marzo de 2006, el contrato para la exploración y producción del bloque "Azar".

"SEGUNDA.- Que se declare que "LA DEMANDADA" incumplió el contrato que celebró y suscribió con GEOADINPRO LIMITADA el 28 de marzo de 2006, por lo que se deberá resolver."

"TERCERA.- Que se declare que "LA DEMANDADA", está en mora de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", desde el día 28 de abril de 2006."

"CUARTA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento sin justa causa, se condene a "LA DEMANDADA" al pago de la cláusula penal pecuniaria de conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de exploración y producción del bloque "Azar".

"QUINTA. Que como consecuencia de los fenómenos inflacionarios que han ocurrido con respecto al dólar americano desde marzo 28 del 2006, hasta la fecha de proferimiento del laudo arbitral, se actualice el valor de la cláusula penal pecuniaria al valor de la TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO que las propias partes establecieron como pena pecuniaria en marzo 28 de 2006."

<p>SEGUNDA PRETENSIÓN ARBITRAL SUBSIDIARIA: "INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, REAJUSTE DE LA CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS"</p>
--

"De no prosperar la pretensión principal, de manera respetuosa, le solicito al H. Tribunal de Arbitramento se sirva acceder a la siguiente:

"PRIMERA.- Que se declare que entre la sociedad GEOADINPRO LIMITADA y "LA DEMANDADA" se celebró y suscribió el 28 de marzo de 2006, el contrato para la exploración y producción del bloque "Azar".

"SEGUNDA.- Que se declare que "LA DEMANDADA" incumplió el contrato que celebró y suscribió con GEOADINPRO LIMITADA el 28 de marzo de 2006, por lo que se deberá resolver."

"TERCERA.- Que se declare que "LA DEMANDADA", está en mora de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", desde el día 28 de abril de 2006."

"CUARTA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento sin justa causa, se condene a "LA DEMANDADA" al pago de la cláusula penal pecuniaria de conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de exploración y producción del bloque "Azar".

"QUINTA. Que como consecuencia de los fenómenos inflacionarios que han ocurrido con respecto al dólar americano desde marzo 28 del 2006, hasta la

fecha de proferimiento del laudo arbitral, se actualice el valor de la cláusula penal pecuniaria al valor de la TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO que las propias partes establecieron como pena pecuniaria en marzo 28 de 2006."

"SEXTA.- Que como consecuencia del incumplimiento injustificado, unilateral y retardado de las obligaciones contractuales, se declare que "LA DEMANDADA" debe dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, indemnizar integralmente la totalidad de los perjuicios que con su incumplimiento contractual le ocasionaron al contratante cumplido – GEOADINPRO LTDA."

TERCERA PRETENSIÓN ARBITRAL SUBSIDIARIA: "DECLARACIÓN DE ABUSO DE DERECHO EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL Y PAGO DE LA CLAUSULA PENAL"
--

"De no prosperar la pretensión principal, presento en subsidio de ella, la siguiente:

"PRIMERA.- Que se declare que tanto en la etapa precontractual, contractual como postcontractual, "LA DEMANDADA" abusó del derecho, por lo que están obligadas a indemnizar a GEOADINPRO LIMITADA."

"SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de las siguientes obligaciones contractuales, por cuanto ellas son abusivas y dependen de la mera voluntad de "LA DEMANDADA" y por lo mismo, representan condiciones meramente potestativas, que resultan nulas por disposición del Artículo 1.535 del Código Civil."

(i) *"una vez que NCT concluya el Due Diligence y éste sea satisfactorio para NCT"*(Ver cláusula primera del contrato: Objeto).

(ii) *"EL Due Diligence tendrá una duración de un mes, contado a partir de la fecha de la firma de este contrato durante este período de tiempo, NCT tendrá la facultad exclusiva de optar por participar en el Área, sin que GEOADINPRO firme con un tercero y ante la ANH el contrato de E&P".* (Ver cláusula primera del contrato: Objeto).

(iii) *"El termino de duración de este ACUERDO será el mismo que se emplee en el contrato que se suscriba con la ANH, a menos que NCT decida no continuar participando por no resultar el Due Diligence satisfactorio."* (Ver cláusula segunda del contrato: Duración).

(iv) *"El acuerdo se disolverá..... Por no resultar satisfactorio el Due Diligence que NCT realizará durante el mes de marzo de 2006".* (Ver cláusula décima Novena del contrato).

"TERCERO: Que se declare que la siguiente obligación es nula, por cuanto implica la condonación del dolo futuro, según lo dispone el artículo 1.522 del Código Civil."

"En ningún caso ninguna de las Partes será responsable frente a la otra Parte, por cualquier daño ó pérdida indirecta, incidental o consecuencial, o lucro cesante que pudiere surgir por el desarrollo o no desarrollo de las actividades descritas en este acuerdo." (Ver cláusula cuarta del contrato).

"CUARTA: Que se declare que las siguientes obligaciones son abusivas, por cuanto con las mismas se desconocen los porcentajes de participación definidos en la cláusula quinta del contrato, toda vez que por esta vía, el despojo de la participación para GEOADINPRO LIMITADA puede ser total o en el mejor de los casos, equivaldría tan sólo el 20% de las utilidades."

(i) "En caso de que el pozo Palmera 1 sea comercialmente exitoso" - entendiéndose por comercialmente exitoso que la generación de flujos de caja proyectados expresados en dólares de los Estados Unidos de América, incluyendo los pagos descritos en los numerales 1) al 6) de la cláusula sexta y descontados a una tasa del 12% anual, den un valor presente positivo- " los ingresos provenientes de la venta de los hidrocarburos producidos por dicho pozo se usarán en estricto orden de precedencia según lo descrito a continuación... 4) pago a GEOADINPRO del 50% de su participación en el Área..." (Ver cláusula sexta del contrato)

(ii) En la misma cláusula Sexta se contienen otras cuatro condiciones abusivas:

a. "En caso de que cualquier otro pozo exploratorio arroje como resultados que la explotación del yacimiento sea comercialmente...";

b. "En el caso de que el pozo Palmera 1 no sea comercialmente exitoso, y en consecuencia no haya ingresos suficientes..." y,

c. "Cuando se requieran nuevas inversiones..."

d. "Cuando se requieran nuevas inversiones GEOADINPRO LIMITADA podrá optar por aportar la parte correspondiente a su participación o solicitar a NCT efectuar el ciento por ciento (100%) de las inversiones, en cuyo caso GEOADINPRO recibirá el veinte por ciento (20%) de la producción y pagará los costos de producción y transporte correspondientes a esta participación, hasta que NCT recupere el ciento por ciento (100%) de esta nueva inversión. A partir de este momento GEOADINPRO tendrá una participación nuevamente del cuarenta por ciento (40%), pagando los costos de producción y transporte correspondientes a su participación en la producción". (Ver cláusula sexta del contrato).

(iii) "Las Partes acuerdan que NCT será el Operador del Área, en el supuesto de que el Due Diligence que realizará NCT resulte satisfactorio y decida participar en el Proyecto..."(Ver cláusula octava del contrato).

"QUINTA.- Que se declare que la solicitud para la firma del contrato de exploración y producción que "LA DEMANDADA" presentó ante la AHN sobre

el mismo bloque "Azar" al que denominó "NCT" y que está localizado en la misma área del bloque "Azar" es un acto abusivo del derecho por lo cual está obligada a indemnizar a GEOADINPRO LIMITADA."

"SEXTA.- Que se declare que la comunicación del 16 de agosto de 2006, remitida por "LA DEMANDADA" por medio de la cual informa - de manera injusta y unilateral - que no continuará participando en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", constituye un acto abusivo por lo cual está obligada a indemnizar a GEOADINPRO LIMITADA."

"SEPTIMA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a "LA DEMANDADA" a pagar a GEOADINPRO LIMITADA dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la cláusula penal establecida en la cláusula cuarta del contrato, como pago anticipado de los perjuicios que con su abuso del derecho le ocasionaron al contratante cumplido - GEOADINPRO LTDA."

CUARTA PRETENSIÓN ARBITRAL SUBSIDIARIA: "DECLARATORIA DE ABUSO DE DERECHO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS"

"De no prosperar la pretensión principal, presento en subsidio de ella, la siguiente:

"PRIMERA.- Que se declare que las motivaciones que llevaron a "LA DEMANDADA" para no continuar participando en el contrato de explotación y producción del bloque denominado "Azar", y por consiguiente a dar por terminado el contrato de manera unilateral, constituye un acto abusivo del derecho por lo que está obligada a indemnizar a GEOADINPRO LIMITADA."

"SEGUNDA.- Que como consecuencia del abuso de derecho se declare que "LA DEMANDADA" debe, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, indemnizar integralmente la totalidad de los perjuicios que con su abuso del derecho le ocasionaron al contratante cumplido, GEOADINPRO LTDA."

QUINTA PRETENSIÓN ARBITRAL SUBSIDIARIA: "INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS"

"De no prosperar la pretensión principal, presento en subsidio de ella, la siguiente:

"PRIMERA.- Que se declare que "LA DEMANDADA" incumplió de manera injustificada y unilateral, el contrato de exploración y producción del bloque denominado "Azar" celebrado y suscrito con GEOADINPRO LIMITADA el día 28 de marzo de 2006."

"SEGUNDA.- Que como consecuencia del anterior incumplimiento se decrete la resolución judicial del contrato de explotación y producción del bloque

denominado "Azar" celebrado entre "LA DEMANDADA" y GEOADINPRO LIMITADA el día 28 de marzo de 2006."

"TERCERA.- Que como consecuencia de la resolución por incumplimiento contractual, se declare que "LA DEMANDADA" debe dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, indemnizar integralmente la totalidad de los perjuicios que con su incumplimiento contractual le ocasionaron al contratante cumplido, GEOADINPRO LTDA."

<p>PRETENSIÓN COMPLEMENTARIA COMÚN A CUALQUIERA DE LAS ANTERIORES QUE SEA ACOGIDA</p>

"Que sobre la base de cualquiera de las condenas que imponga el H. Tribunal, se condene a pagar a "LA DEMANDADA" y en favor de la sociedad demandante la reparación integral de todos los perjuicios, entre otros, el lucro cesante y el daño emergente y los correspondientes intereses moratorios capitalizados y que las condenas se actualicen con el índice de precios al consumidor aplicable, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente, teniendo en cuenta la equidad y los criterios actuariales de conformidad con lo establecido por la ley 446 de 1998."

8.2.2. Contestación de la sustitución de la demanda y formulación de excepciones de la parte Convocada NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA

Frente a las pretensiones, la parte Convocada se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, que denominó de mérito:

1. Inaplicabilidad de la cláusula penal establecida unilateralmente a favor de Geoadinpro Limitada.
2. Inexistencia de contrato entre NCT Energy Group y Geoadinpro Limitada.
3. Cobro de lo no debido:

8.2.3. Contestación de la sustitución de la demanda y formulación de excepciones de la parte Convocada NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA

Frente a las pretensiones, la parte Convocada se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, que denominó de mérito:

1. Cumplimiento de las obligaciones por parte de NCT Estudios y Proyectos.
2. Inexistencia de incumplimiento del acuerdo para la exploración y producción del bloque azar del 28 de marzo de 2006 por parte de NCT Estudios y Proyectos.
3. Improcedencia del cobro de la cláusula penal prevista en el acuerdo para la exploración y producción del bloque azar del 28 de marzo de 2006
4. Inexistencia de cláusulas abusivas en el acuerdo para la exploración y producción del bloque azar acuerdo del 28 de marzo de 2006.
5. Enriquecimiento sin justa causa.

II - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo o de mérito. Estos presupuestos son demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte en el proceso y capacidad para comparecer al proceso.

El Tribunal advierte que tales presupuestos procesales se encuentran cumplidos a cabalidad en el presente asunto y que no se observa causal de nulidad que invalide la actuación surtida.

2. LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

En la pretensión primera de la demanda el demandante solicita "Que se declare que entre la sociedad **GEOADINPRO LIMITADA** y "**LA DEMANDADA**" se celebró y suscribió el 28 de marzo de 2006, el contrato para la exploración y producción del bloque "Azar".

Para efectos de decidir esta pretensión considera el Tribunal en primer lugar procedente examinar el contrato que aparece acreditado en el expediente, para a continuación determinar si dicho negocio reúne los requisitos legales.

2.1. El contrato que aparece acreditado en el expediente

En relación con esta pretensión encuentra el Tribunal que consta en el expediente que el 28 de marzo de 2006 se celebró un contrato que se denominó "ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACION Y PRODUCCION DEL BLOQUE AZAR" (en adelante el Contrato) entre GEOADINPRO LTDA (en adelante Geoadinpro), NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA y NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA.

En el contrato se estipuló que estas dos últimas sociedades se denominarían en lo sucesivo NCT, denominación que utilizará el Tribunal para referirse a la parte convocada, excepto cuando se indiquen separadamente.

El contenido del contrato es básicamente el siguiente:

En la cláusula primera se pactó que "El objeto del presente Acuerdo es fijar las bases para participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Área Azar,

una vez que NCT concluya el Due Diligence y éste sea satisfactorio para NCT. En este sentido las Partes intervinientes desarrollarán todas las actividades tendientes a determinar el potencial de exploración y producción (E&P) del Bloque Azar”.

En esa misma cláusula se estipuló como obligación a cargo de GEOADINPRO la de “suscribir el contrato que se derive por parte de la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH), de la adjudicación del Bloque Azar (en lo sucesivo el “Área”), para ejecutar las fases de evaluación, exploración, explotación, desarrollo del Área;” y la de ceder “a NCT el 60% de participación en el contrato que se suscriba con la ANH”. Se pactaron a cargo de NCT “las actividades de inversión requeridas para la sísmica inicial, la reparación del Pozo Palmera 1 y los estudios requeridos para determinar el potencial exploratorio y de desarrollo del bloque, objeto del Contrato de E&P con la ANH”. Así mismo, las partes acordaron “intercambiarse toda la información asociada al Área”. Igualmente estipularon que “NCT realizará un Due Diligence, a los fines de determinar su participación o no en el Proyecto”. Se estipuló también que el “Due Diligence tendrá una duración de un mes, contado a partir de la fecha de la firma de este contrato”. Igualmente se pactó que “Durante este período de tiempo, NCT tendrá la facultad exclusiva de optar por participar en el Área, sin que GEOADINPRO firme con un tercero y ante la ANH el contrato de E&P. Una vez concluido el Due Diligence, NCT entregará el estudio técnico económico del Área a GEOADINPRO para su discusión y análisis y decidirá su participación o no en el Área.”

En la cláusula segunda se estipuló que “El término de duración de este ACUERDO será el mismo que se emplee en el contrato que se suscriba con la ANH, a menos que NCT decida no continuar participando por no resultar el Due Diligence satisfactorio.” Así mismo se estipuló que “Para el caso de que la ANH no autorice la cesión a NCT del 60% de participación en el contrato que GEOADINPRO firme con la ANH. Las Partes acuerdan que NCT será el Operador según se establece en la Cláusula OCTAVO de este acuerdo y se dará fiel cumplimiento a lo establecido en la Cláusula SEXTO: RESPONSABILIDADES en lo que se refiere a la cascada de prioridades de uso del dinero.”

En la cláusula tercera se pactaron las actividades a desarrollar "Una vez que las Partes hubieren decidido ejecutar el proyecto" y que consistían en la ACTIVIDAD DE EXPLORACION, EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO del área y en la ACTIVIDAD DE REPARACION del pozo denominado Palmera-1.

En la cláusula cuarta se pactó una responsabilidad solidaria de las partes frente a la ANH y frente a terceros, también se estableció la obligación de asumir la responsabilidad por parte de quien fuera exclusivamente responsable y se pactó una limitación de responsabilidad. Así mismo, en dicha cláusula se pactó que "Si NCT decide participar en el contrato de E&P del Bloque Azar, una vez concluido el Due Diligence, y no cumpliera con las responsabilidades del artículo SEXTO del presente documento, pagará a Geoadinpro la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$500,000), a título de indemnización única por los perjuicios causados por su incumplimiento. Esta penalidad quedará sin efecto en los supuestos de que NCT no cumpla con sus responsabilidades por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos irresistibles de terceros, incluyendo actos terroristas o de guerrilla, en cuyo caso NCT podrá retirarse del proyecto, sin que nada adeude a GEOADINPRO".

En la cláusula quinta se pactaron las participaciones para las partes.

En la cláusula sexta se convino la forma como las partes asumirían "las inversiones, derechos, riesgos y responsabilidades que para las Partes se deriven del presente Acuerdo". Así en materia de inversiones se estipuló que "NCT tendrá a su cargo el 100% de la inversión para las actividades requeridas para el cumplimiento de las obligaciones mínimas asumidas con la ANH en el Contrato de E&P del bloque Azar." También se expresó que "Igualmente será responsabilidad exclusiva de NCT la consecución y pago de una fianza de una compañía de seguros o del colateral requerido por un banco aceptado por la ANH, para emitir a favor de la ANH una carta de crédito irrevocable de garantía para garantizar el programa mínimo de inversión comprometido ante la ANH". Así mismo se reguló el destino de los ingresos de los pozos productores y la obligación para NCT de

continuar la actividad exploratoria aun cuando el pozo no fuera comercialmente exitoso.

La cláusula séptima previó la designación del representante legal de las partes, y en la cláusula octava las partes acordaron que "NCT será el Operador del Área, en el supuesto de que el Due Diligence que realizará NCT resulte satisfactorio y decida participar en el Proyecto".

En la cláusula novena se previó la dirección del proyecto por un Comité Directivo constituido por representantes de las partes.

La cláusula décima reguló la contabilidad del proyecto. La cláusula undécima reguló la cuenta conjunta. La cláusula décima segunda previó que cada parte sería responsable de sus obligaciones fiscales. En la cláusula décima tercera se previó la obligación de confidencialidad y en la cláusula décima cuarta la exclusividad en cuanto ninguna de las partes podría desarrollar gestión o negocio que aprovechara la información comercial o técnica. En la cláusula décima quinta se previó la imposibilidad de ceder el contrato sin consentimiento de la otra parte. En la cláusula décimo sexta se pactó que la ejecución del acuerdo sería regulada por la ley colombiana. En la cláusula décimo séptima se pactó la cláusula compromisoria. En la cláusula décimo octava se previó que podía modificarse el acuerdo suscribiendo convenciones futuras y se estableció que una vez la "ANH haya adjudicado al vehículo creado por GEOADINPRO y NCT el contrato, las Partes suscribirán el Contrato de Operación Conjunta que regirá la operación del campo a desarrollar, a menos que NCT decida no participar por no resultar satisfactorio el Due Diligence". En la cláusula décima novena se previó que el acuerdo se disolvería "Por no resultar satisfactorio el Due Diligence que NCT realizará durante el mes de marzo de 2006"

Finalmente, en la cláusula vigésima las partes establecieron que "todas las notificaciones, avisos, demandas, solicitudes o comunicaciones (...) autorizadas o requeridas entre las partes por razón o con ocasión del presente acuerdo, serán

por escrito, en español y entregadas personalmente o por servicio de mensajería, o cualquier medio electrónico de transmisión de comunicaciones escritas (...)"

Ninguna de las partes tachó de falso el documento mencionado, por lo que encuentra acreditado el Tribunal que dicho contrato se celebró entre las partes.

Ahora bien, para determinar si ha de prosperar la pretensión primera de la demanda, que pide que se declare la existencia de dicho contrato, debe el tribunal determinar la naturaleza del mismo, para posteriormente a la luz de su régimen jurídico establecer si reúne los requisitos previstos por la ley.

2.2. La calificación del contrato y sus requisitos de existencia

A este respecto conviene recordar que como consecuencia del principio en virtud del cual a la autoridad judicial corresponde determinar el derecho aplicable a los hechos que han sido sometidos a su conocimiento (*Da mihi factum, dabo tibi jus*), cuando el juez debe decidir una controversia sobre un contrato, es a él a quien corresponde establecer cuál es la calificación jurídica respectiva, pues ella determina el régimen jurídico pertinente y si es del caso la aplicación de normas imperativas.

Este principio ha sido sostenido tradicionalmente en nuestra jurisprudencia la cual ha afirmado: "La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre"¹. Igualmente ha dicho "los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde"². Finalmente, en sentencia del 11 de septiembre de 1984³ se dijo: "En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le

¹ Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, pag. 128

² Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pag. 574

³ H. Magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén, G.J. No 2415, pag.254

venga en gana, sino la que a dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas”.

Así las cosas debe el Tribunal desentrañar la calificación legal del contrato celebrado entre las partes.

Dentro del proceso de calificación se deben cumplir dos etapas fundamentales: de una parte, determinar claramente que fue lo que quisieron las partes, y de otro lado, establecer si el acuerdo de las partes corresponde a alguno de los contratos típicos regulados por la ley.

Como lo ha señalado la doctrina, la labor de calificación de un contrato se funda en las obligaciones esenciales que surgen del mismo (Ghestin. Ob cit, página 74 y s.s.) y en la forma como las mismas se deben desarrollar. No obstante, en ciertos casos otros elementos puedan influir en la calificación, como pueden ser los sujetos contratantes, pues la ley puede establecer categorías contractuales en razón de las partes contratantes. Ello ocurre entre nosotros con los contratos estatales. Igualmente, las formalidades deben tomarse en cuenta, pues la exigencia de una determinada formalidad por el ordenamiento para una clase de contrato, conduce a que no se pueda reconocer validez como tal al negocio jurídico que carece de la misma, sin perjuicio de que se le pueda atribuir eficacia con otra calificación, cuando se den los supuestos previstos para la conversión del negocio jurídico, que se insinuaba en el artículo 1501 del Código Civil, y que se encuentra expresamente consagrada en el artículo 904 del Código de Comercio.

Así las cosas, para efectos de realizar la calificación del contrato es indispensable tener claridad del negocio que las partes celebraron y por ello puede ser necesario interpretarlo.

Como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en materia de interpretación de contratos el principio fundamental es la intención de las partes, a la cual ordena recurrir el artículo 1618 del Código Civil. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en esta materia cuando

la voluntad de las partes queda reflejada en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que dichas estipulaciones son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllas (sentencia del 5 de julio de 1983 (Magistrado Ponente Doctor Humberto Murcia Ballén)⁴ De esta manera, a lo primero que debe acudirse es al texto mismo del contrato, para determinar si las partes expresaron claramente su voluntad, porque si ello es así no es necesario un nuevo esfuerzo de interpretación. En ese sentido obra el adagio *"in claris no fit interpretatio"*. Lo anterior no significa una exclusión de la interpretación en los casos de claridad, sino una presunción en favor del sentido literal.⁵ En todo caso, la máxima antes mencionada no debe entenderse en el sentido de que basta que el texto sea claro, sino que, además, su contenido no debe ser desmentido por elementos extratextuales⁶. Si ello ocurre, la claridad del texto puede ser apenas aparente y, por tanto, puede no reflejar la intención común de los contratantes. Es por ello que la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el tenor literal no puede atenderse para eclipsar la verdadera voluntad de las partes⁷. En tal sentido ha dicho que⁸ "aún siendo *"claro"* el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica comercial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que *"...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato"* (cas. civ. junio 28/1989)"

⁴ Gaceta Judicial. Tomo 172, página 117.

⁵ Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, página 400.

⁶ Sacco, ob. cit., página 428.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de febrero de 2005 (expediente No. 7504).

⁸ Sentencia del 7 de febrero de 2008, expediente 2001-06915-01

Partiendo de lo anterior observa el Tribunal:

A través del Contrato las partes decidieron “fijar las bases para participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Area Azar”. Sin embargo, el desarrollo de la actividad de exploración y producción del Area Azar quedó sujeto a la realización de un due diligence y a una manifestación de NCT.

En efecto, en la cláusula primera se pactó: “El objeto del presente Acuerdo es fijar las bases para participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Área Azar, una vez que NCT concluya el Due Diligence y éste sea satisfactorio para NCT”. (Se subraya)

Así mismo en esta cláusula se expresó que “Las Partes acuerdan intercambiarse toda la información asociada al Área y NCT realizará un Due Diligence, a los fines de determinar su participación o no en el Proyecto” (se subraya). Igualmente se expresó que “El Due Diligence tendrá una duración de un mes, contado a partir de la fecha de la firma de este contrato. Durante este período de tiempo, NCT tendrá la facultad exclusiva de **optar** por participar en el Área, sin que GEOADINPRO firme con un tercero y ante la ANH el contrato de E&P. Una vez concluido el Due Diligence, NCT entregará el estudio técnico económico del Área a GEOADINPRO para su discusión y análisis y decidirá su participación o no en el Área.” (se subraya y se resalta la palabra “optar”)

En la cláusula segunda se estableció el término de duración del contrato, que sería el mismo del contrato con la ANH “a menos que NCT decida no continuar participando por no resultar el Due Diligence satisfactorio”. (Se subraya)

En la cláusula cuarta se estipuló que “Si NCT decide participar en el contrato de E&P del Bloque Azar, una vez concluido el Due Diligence, y no cumpliera con las responsabilidades” (se subraya) se causará la suma que allí se indica.

En la cláusula octava se dispuso que “NCT será el Operador del Área, en el supuesto de que el Due Diligence que realizará NCT resulte satisfactorio y decida participar en el Proyecto” (se subraya)

En la cláusula décima octava se estableció que una vez la ANH haya adjudicado al vehículo creado por GEOADINPRO y NCT el contrato, las Partes suscribirán el Contrato de Operación Conjunta que regirá la operación del campo a desarrollar, “a menos que NCT decida no participar por no resultar satisfactorio el Due Diligence”. (Se subraya)

La cláusula décimo novena previó que el acuerdo se disolvería “Por no resultar satisfactorio el Due Diligence que NCT realizará durante el mes de marzo de 2006.”

En algunas de las estipulaciones mencionadas sólo se subordina la participación de NCT a que el due diligence sea satisfactorio (cláusula primera y cláusula décimo novena), al paso que en otras se previó que la participación en el proyecto por parte de NCT estaba sujeto a dos elementos: que el due diligence fuera satisfactorio y que como consecuencia de ello NCT decidiera participar en el proyecto dando aviso por escrito a Geoadinpro conforme a lo acordado por las partes en la cláusula vigésima del contrato.

El Tribunal debe determinar entonces cuál de las dos fórmulas corresponde a la voluntad de las partes.

Desde este punto de vista considera el Tribunal que la real intención de las partes implicaba no sólo que se realizara un due diligence satisfactorio, sino adicionalmente que NCT manifestara su deseo de participar en el proyecto. Lo anterior por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque es la interpretación que permite que todas las estipulaciones de las partes produzcan efectos, y es así como de conformidad con el artículo 1620 del Código Civil “El sentido en que una cláusula puede producir

algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Igualmente dispone el artículo 1622 que "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

Si se interpretara que es suficiente que el due diligence sea satisfactorio para que NCT quede vinculado, se privarían de efectos las diversas cláusulas contractuales en las que se exige una decisión de NCT de participar en el proyecto. Por el contrario, al adoptar la interpretación de que se requiere en todo caso una manifestación de voluntad no se afectan otras cláusulas del contrato, como es la de terminación, pues es evidente, por ejemplo, que si el due diligence no es satisfactorio, el contrato puede terminar, en la medida en que NCT no puede tomar una decisión.

En segundo lugar, dicha interpretación es concordante con la ejecución del contrato, a la que se refiere el artículo 1622 del Código Civil como criterio de interpretación. En efecto, en la correspondencia electrónica de las partes se observa que el 28 de abril de 2006 NCT Energy Group solicitó a Geoadinpro una extensión del plazo para la conclusión del due diligence y "toma de decisión sobre el campo Azar..."⁹. El 12 de mayo de 2006 se manifestó por parte de NTC Energy Group que se haría una reunión para consolidar la parte técnica y de negocios para "notificarles posteriormente a ustedes nuestra decisión final"¹⁰. Estas manifestaciones no generaron ningún reparo por Geoadinpro, ni se observa que en ninguno de sus correos el mismo haya considerado que el hecho de que se hubiera realizado el due diligence implicara la obligación para NTC de continuar con el proyecto.

De esta manera, con base en la interpretación que adopta el Tribunal, para que las obligaciones de participar en el proyecto adquirieran eficacia no bastaba que existiera un due diligence satisfactorio, sino que adicionalmente NCT expresara por escrito la voluntad de participar en el proyecto.

⁹ Anexo 21 de la demanda

Desde esta perspectiva considera el Tribunal que lo que existió en el presente caso fue una opción.

A este efecto conviene recordar que en sentencia del 18 de mayo de 1946¹¹ la Corte Suprema de Justicia señaló "Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que ésta se decida comprar según condiciones predeterminadas en el contrato". De este modo, como lo advierte la doctrina, el beneficiario de la opción puede decidir contratar o no sin que tener que explicar su decisión ni asumir responsabilidad por su negativa¹².

La celebración del contrato objeto de la opción sólo depende en principio de la voluntad de aquél a quien se concedió la opción, pues el promitente ya se obligó¹³. Adicionalmente es claro que la opción impone a quien la concede una obligación de no hacer, que consiste en no celebrar el contrato con terceros¹⁴.

Señala la doctrina que la opción es en sí misma un contrato, pues surge de un acuerdo de voluntades¹⁵, ello la distingue de la oferta¹⁶, que consiste en una manifestación unilateral de voluntades.

Si bien en algún momento se sostuvo que la opción podía considerarse como un contrato sujeto a condición suspensiva, dicha posición ha sido tradicionalmente criticada en la medida en que la condición es una modalidad de la obligación y por ello supone que se reúnen los elementos necesarios para esta última. En la opción precisamente falta el consentimiento del beneficiario de la opción, es decir falta un elemento esencial para que surja la obligación y no sólo una modalidad de la misma, como es la condición¹⁷.

¹⁰ Anexo 22 de la demanda

¹¹ Gaceta Judicial tomo 62, página 20

¹² Fernando Hinestroza Contrato de Promesa. Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. México. 2005, página 29

¹³ François Terre, Philippe Simler, Yves Lequette. Droit Civil. Obligations No 191. ed Dalloz Paris.2005

¹⁴ François Benac-Schmidt. Le contrat de Promesse Unilaterale de Vente. Ed LGDJ. Paris, numero 32. Diez Picasso, Ob cit página 343

¹⁵ Terre, Simler y Lequette, ob cit, No 191

¹⁶ Terre, Simler y Lequette, ob cit, No 192 y Diez Picazo, ob cit, página 343

La opción puede ser onerosa o gratuita¹⁸, pues a cambio de la concesión de la opción se puede pactar el pago de una suma de dinero.

Señala la Corte que la opción es "llamada con más exactitud promesa unilateral de venta". Tal es igualmente la calificación que comúnmente se le ha dado en derecho francés, en el cual sin embargo, se ha señalado que en la práctica la opción, aunque sigue siendo una promesa unilateral porque sólo una parte promete contratar, puede implicar un contrato bilateral, cuando quien se beneficia de la opción adquiere obligaciones, como es pagar un precio por la opción¹⁹.

Sin embargo debe observarse que en algunos sistemas jurídicos se ha discutido si la promesa unilateral y la opción tienen la misma naturaleza. Así, por ejemplo, se señala que en la opción basta la voluntad del beneficiario para que el contrato preconfigurado adquiera su vigor, mientras que en la promesa de contrato se requiere una nueva manifestación de voluntad de quien otorga la opción²⁰. Igualmente se acude a otros criterios para distinguir dichos negocios, como si confieren o no un derecho potestativo, o si se trata de un negocio sujeto a condición. Sin embargo, la doctrina señala que precisamente no son claros los criterios para definir los precontratos, por lo cual en muchos casos las diferencias se borran y se concluye que la opción no es más que una modalidad de promesa de contrato²¹.

En derecho colombiano la Ley 51 de 1918 reguló la opción y a tal efecto dispuso en su artículo 23:

"La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición, será ineficaz.

"La Condición se tendrá, por fallida si tarda más de un año en cumplirse.

¹⁷ Terre, Simler y Lequette, ob cit, No 193

¹⁸ Fernando Hinestrosa Contrato de Promesa. Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano. México. 2005, página 28

¹⁹ Francois Benac-Schmidt. Le contrat de Promesse Unilaterale de Vente. Ed LGDJ. Paris 1983. Igualmente Terre, Simler y Lequette, ob cit, No 191

²⁰ Máximo Bianca. El contrato. ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007, página 217

²¹ Ver al respecto Díez Picasso ob cit. página 34

"Las partes pueden ampliar o restringir este plazo."

De esta norma se desprende que la opción es obligatoria y que la misma implica un plazo o una condición sin la cual la opción es ineficaz. Por otra parte, es evidente que la opción supone que se determine en sus elementos esenciales el contrato al cual se refiere la opción, pues de otra forma no puede formarse el contrato objeto de la opción.

Por otro lado, la promesa se encuentra regulada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Como la opción es una promesa unilateral, se ha discutido si a esta última le es aplicable la Ley 153 de 1887.

Para algunos²² en la medida en que la regulación de la ley 51 de 1918 es incompleta y la opción es una promesa unilateral, deberían aplicarse las disposiciones del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Otros, por el contrario, consideran que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 regula sólo la promesa bilateral²³ y por ello la opción sólo debe sujetarse al artículo 23 de la ley 51 de 1918 y a las reglas generales aplicables a cualquier contrato. Esta tesis se apoyaría en don Fernando Vélez quien sostenía que el artículo 89 de la ley 153 de 1887 sólo permitía celebrar contratos de promesa bilaterales.²⁴

Ahora bien, desde el punto de vista de los efectos de una y otra tesis vale la pena señalar lo siguiente:

Si frente a la opción se examinan los requisitos que establece el artículo 89 de la ley 153 de 1887 se encuentra: en primer lugar, en lo relativo a la exigencia de un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido, se observa que en la medida en que el artículo 23 de la ley 51 de 1918 es norma especial, la misma prevalece en cualquier caso de conflicto. Desde este punto de

²² Aclaración de voto del Magistrado Humberto Murcia a la sentencia del 9 de agosto de 1985 de la Corte Suprema de Justicia.

²³ Javier Bonivento Jiménez. El Contrato de Promesa. La Promesa de Compraventa de Bienes Inmuebles. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1996, Pág. 63.

²⁴ Fernando Vélez. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. 2ª Ed. París América. Paris. Tomo VI, páginas 239 y 241

vista, las normas sobre plazos y condiciones contenidas en el artículo 89 de la ley 153 de 1887 no son aplicables, pues la ley 51 contiene una regulación propia.

En segundo lugar, en cuanto a la determinación del contrato prometido, es claro que la opción debe contener los elementos esenciales del contrato al cual se refiere, pues de otra manera el ejercicio de la opción no podría dar lugar a que el mismo surgiera.

En tercer lugar, en cuanto hace alusión a que el contrato prometido no sea de aquellos que la ley declara ineficaces, es claro que el contrato al cual se refiere la opción debe reunir los requisitos que permitan su validez.

Por consiguiente, el debate de si debe o no aplicarse el artículo 89 de la ley 153 de 1887 sólo tiene como consecuencia en materia civil determinar si el contrato de opción requiere o no escrito. Algunos autores consideran desde este punto de vista que la opción es consensual²⁵ otros, por el contrario, lo consideran solemne²⁶.

Este debate no tiene entonces trascendencia en materia de promesa mercantil, dada la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que la promesa de contrato mercantil es consensual.

Partiendo de lo anterior, encuentra el Tribunal que a través del contrato se concedió una opción a NCT, pues ella podía decidir si contrataba o no contrataba. Dicha opción no requería formalidad alguna, en la medida en que se trata de un contrato mercantil, pero debía estar sujeta a un plazo o condición para que fuera eficaz.

Ahora bien, si se examina la opción se encuentra que en la cláusula primera del Contrato se dispuso: "El Due Diligence tendrá una duración de un mes, contado a partir de la fecha de la firma de este contrato. Durante este período de tiempo, NCT tendrá la facultad exclusiva de optar por participar en el Área, sin que

²⁵ Javier Bonivento, Ob cit, página 63.

GEOADINPRO firme con un tercero y ante la ANH el contrato de E&P. Una vez concluido el Due Diligence, NCT entregará el estudio técnico económico del Área a GEOADINPRO para su discusión y análisis y decidirá su participación o no en el Área." (Se subraya)

Como se puede apreciar, lo que las partes estipularon en principio es contradictorio, pues al paso que por una parte se estableció un plazo de un mes para realizar el Due Diligence, durante el cual "NCT tendrá la facultad exclusiva de optar por participar", en la misma cláusula se pactó que una vez concluido el due diligence se entregaría el estudio para discusión y análisis y se decidiría, lo cual podría ocurrir pasado el mes. Dos interpretaciones son posibles: que realmente las partes no pactaron plazo para ejercer la opción, o que sí pactaron un plazo que en principio coincidía con el necesario para realizar el due diligence.

Desde esta perspectiva debe recordar el Tribunal que recientemente la Corte Suprema de Justicia ha propugnado por una interpretación de los contratos que preserve su eficacia. En tal sentido en sentencia de febrero de 2008 dijo²⁷:

"...cuando la estipulación admite diversos significados prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos, por lo común, dignos de tutela y reconocimiento normativo (art. 1620 C.C.) y la inherente a la regularidad del acto dispositivo respecto de su ineficacia o invalidez, in favorem validitatis pacti, y en "casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida que no que perezca" (Juliano, Quoties in actionibus aut in excepcionibus ambigua oratio este, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat), siempre del modo "que el acto sea válido" (Dicio, Interpretatio fieri debet semper ut actus valeat) y a favor de la validez (Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant, o Interpretatio fieri debet semper ut actus valeant). Por ende, frente a diversas interpretaciones prevalece la que preserve la inteligencia más concorde con el

²⁶ Humberto Murcia Ballén aclaración de voto ya citada.

²⁷ Sentencia del 7 de febrero de 2008, expediente 2001-06915-01

acto, su relevancia y función (Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipienda quoe gerendae aptiores).”

...

”Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento. Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa.”

Teniendo en cuenta lo anterior, partirá el Tribunal de la interpretación que permitía ejercer el derecho de opción dentro del plazo previsto para realizar el due diligence, el cual fue prorrogado por Geoadinpro, pues de otra manera habría que concluir que la opción era ineficaz.

En todo caso, debe observar el Tribunal que si se aceptara la tesis contraria, esto es, que no existió un plazo o condición para el ejercicio de la opción, es claro que ello sólo afectaría la opción en sí misma, pero no los demás pactos contenidos en el Contrato que las partes no subordinaron a dicha opción. Es el caso en particular

con las obligaciones de confidencialidad y exclusividad. En efecto, tales obligaciones producen efectos mientras esté vigente el acuerdo y no requerían para surgir y producir efectos que el due diligence hubiera sido satisfactorio y se haya manifestado la voluntad por parte de NCT, pues ello no se pactó así y además tal conclusión sería contradictoria con su naturaleza. En efecto, es evidente que dicha confidencialidad y exclusividad debían observarse aún antes de ejercer la opción

Así las cosas considera el Tribunal que deberá prosperar la pretensión primera de la demanda, precisando el nombre correcto del Contrato.

3. EL DUE DILIGENCE

Dado que en el Contrato las partes hicieron referencia al due diligence como un elemento fundamental para determinar los efectos del contrato, considera procedente el Tribunal precisar la noción de due diligence a la que las partes se refirieron, como elemento necesario para examinar las demás pretensiones de la demanda.

El concepto de "due diligence" se desarrolla a partir de las normas del mercado de valores²⁸. En efecto, como consecuencia de la crisis de 1930, el legislador norteamericano expidió la Securities Act de 1933 en la que, con el fin de lograr mayor transparencia en el mercado, se estableció una responsabilidad por razón de los errores u omisiones en la información suministrada al registrar un valor en la Securities Exchange Comisión. Dicha responsabilidad se estableció para los emisores de valores y otras personas (quienes firmaron los documentos de registro, los directores del emisor, cualquier persona mencionada en el registro por haber preparado cualquier parte de la información y cualquier underwriter -agente colocador- del valor registrado). Dispone dicho estatuto que las personas diferentes al emisor pueden exonerarse de la responsabilidad si demuestran que después de una razonable investigación, tienen bases razonables para creer y han

creído que las afirmaciones contenidas en el documento de registro eran ciertas y que no existían omisiones de hechos sustanciales. De este modo, según señala la doctrina, la ley permitió la exoneración de responsabilidad si se acredita la "due diligence".

Así las cosas, el due diligence en su origen legal consiste en la investigación que debe hacer una persona para conocer la realidad de una empresa y verificar así la información que a través de los documentos de registro se suministra al mercado de valores. Esta práctica que originalmente surgió para los mercados de valores, posteriormente se extendió a la compra y venta de empresas y proyectos y ha sido tomada por la legislación de diversos países para determinar la responsabilidad tanto del comprador como del vendedor desde varios puntos de vista.

De esta manera, cuando una persona debe hacer un due diligence, ello implica que debe realizar un examen de la información de una empresa o proyecto con el fin de tener claridad acerca de cuál es la realidad de todos los elementos que puedan ser sustanciales para tomar la decisión de inversión. Así, por ejemplo, en materia de inmuebles se dice que el due diligence es el procedimiento por el cual el comprador determina si un bien inmueble es adecuado para sus propósitos²⁹. Por su naturaleza, el due diligence implica examinar diversos aspectos, tanto legales, financieros como técnicos y puede variar según la operación de que se trata y las estipulaciones de las partes. Así, por ejemplo, en la época actual se habla de la importancia no sólo del due diligence financiero o legal, sino también del ambiental.

Desde esta perspectiva y de manera general un due diligence ha sido realizado correctamente cuando el mismo revela toda aquella información de una empresa que pudo haber sido descubierta con diligencia y cuidado y que es necesaria para tomar la decisión de que se trate. Por consiguiente, un due diligence adecuado puede llevar a concluir que existen riesgos o situaciones previamente no conocidas que hacen inconveniente la inversión en los términos inicialmente pactados y

²⁸ Thomas Lee Hazen. The Law of Securities Regulation. Ed West. St Paul. 1985, página 188 y siguientes. Igualmente William K. Sjostrom, Jr. The Due Diligence Defense Under section 11 of the securities act of 1933. 44 Brandeis Law Journal 2005-2006, página 549 y siguientes.

puede entonces conducir bien a desechar la inversión o replantear los términos en que la misma se ha de realizar.

Así las cosas, en el presente caso el due diligence pactado por las partes implicaba examinar la información suministrada por Geoadinpro y el análisis realizado para verificar su razonabilidad y así mismo estudiar los demás aspectos que fueran necesarios para tomar una decisión de participar en el proyecto.

Ahora bien, como ya se dijo, un due diligence por regla general implica examinar no sólo aspectos financieros y técnicos, sino también legales. Sin embargo, es claro que las partes pueden determinar el alcance que debe tener el due diligence. En el presente caso las partes no precisaron expresamente el contenido del due diligence, pero señalaron en la cláusula primera del contrato que “Una vez concluido el Due Diligence, NCT entregará el estudio técnico económico del Área” para su discusión y análisis. Lo anterior implica que para las partes el due diligence se referiría fundamentalmente a los aspectos técnicos y económicos. Sin embargo, es claro que ello no implicaba desentenderse de los aspectos legales que pudieran ser relevantes, en la medida en que, como lo ha señalado la doctrina, toda persona en la celebración de sus contratos tiene una carga de sagacidad.

Ahora bien, en la cláusula primera del Contrato se previó que “El objeto del presente Acuerdo es fijar las bases para participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Área Azar, una vez que NCT concluya el Due Diligence y éste sea satisfactorio para NCT”. La expresión satisfactorio en esta cláusula es en sí misma ambigua pues puede significar que el due diligence fue correctamente hecho y permitió conocer la realidad o que el due diligence permitió verificar que la información original era razonablemente correcta.

A este respecto se observa que la misma cláusula dispuso que: “El Due Diligence tendrá una duración de un mes, contado a partir de la fecha de la firma de este contrato. Durante este período de tiempo, NCT tendrá la facultad exclusiva de optar por participar en el Área, sin que GEOADINPRO firme con un tercero y

²⁹ Sydney Saltz. The Essentials of due diligence. Probate and Property. Chicago mayo junio 2008, página 32

ante la ANH el contrato de E&P. Una vez concluido el Due Diligence, NCT entregará el estudio técnico económico del Área a GEOADINPRO para su discusión y análisis y decidirá su participación o no en el Área.”

Por consiguiente, es claro de conformidad con las estipulaciones contractuales que de acuerdo con el resultado del due diligence, NCT tenía la facultad de optar por participar en el área y que incluso se contempló la posibilidad de una discusión del estudio técnico y económico del área. Por consiguiente, cuando el contrato contempla que NCT participará en el proyecto si el due diligence es satisfactorio para NCT, ello no significa que bastaba que se hubiera realizado el due diligence, sino que las conclusiones del mismo le permitieran a NCT concluir que era conveniente para sus intereses participar en el proyecto.

4. LAS PETICIONES DE NULIDAD DE DIVERSAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

En la tercera pretensión subsidiaria de la demanda, la demandante solicitó en primer lugar que se declarara que “LA DEMANDADA” abusó del derecho. Adicionalmente, en segundo lugar, solicitó que se declarara la nulidad de unas “obligaciones contractuales” porque las mismas son abusivas y dependen de la mera voluntad de la demandada y, por lo mismo, resultan condiciones meramente potestativas que resultan nulas por disposición del Artículo 1.535 del Código Civil. Finalmente, solicitó que se declarara nula una estipulación de la cláusula cuarta del Contrato por cuanto implica la condonación del dolo futuro.

Si bien las pretensiones que piden la declaratoria de nulidad de las estipulaciones contractuales se formularon en forma subsidiaria, debe en todo caso advertir el Tribunal que para que pueda declararse el incumplimiento de un contrato e imponer las consecuencias que de ello se deriva, es menester que el contrato sea válido. Por ello, el juez debe siempre en primera instancia analizar la validez del Contrato.

En efecto, dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de junio de 2002 (expediente 7309)³⁰ "... para deducir efecto alguno de un determinado contrato de promesa debe examinarse en primer lugar su validez, pues únicamente a partir de tal cotejo se pueden definir no sólo las obligaciones que emanan de ese acto jurídico, sino también las consecuencias jurídicas dimanantes de su incumplimiento"

Por lo anterior, procederá el Tribunal a analizar la validez de las estipulaciones contractuales.

Desde este punto de vista no observa el Tribunal que el contrato se haya celebrado por personas incapaces o que el consentimiento que dio lugar al mismo esté viciado, o que el objeto del contrato sea ilícito, indeterminado o imposible o en fin que el contrato carezca de causa ilícita.

Ahora bien, el demandante ha formulado reparos de validez a una serie de cláusulas contractuales que el Tribunal procede a analizar.

5. LA IMPUGNACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PRIMERA, SEGUNDA Y DÉCIMA NOVENA DEL CONTRATO

El demandante impugna los apartes que se subrayan de las cláusulas primera, segunda y décima novena, que para mayor claridad el Tribunal transcribe en su integridad.

En la cláusula primera del Contrato se dispuso:

"PRIMERO: OBJETO: El objeto del presente Acuerdo es fijar las bases para participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Area Azar, una vez que NCT concluya el Due Diligence y éste sea satisfactorio para NCT. En este sentido las Partes intervinientes desarrollaran todas las actividades

³⁰ Doctrina que por lo demás ya había señalado reiteradamente la Corte al señalar que la declaración de resolución supone un contrato válido. Así por ejemplo sentencias de febrero 25 de 1991 y del 6 de julio de 2000 (Expediente 5020)

tendientes a determinar el potencial de exploración y producción (E&P) del Bloque Azar. Las Partes tendrán entre otras obligaciones las siguientes:

"1. GEOADINPRO tendrá que suscribir el contrato que se derive por parte de la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH), de la adjudicación del Bloque Azar (en lo sucesivo el "Área"), para ejecutar las fases de evaluación, exploración, explotación, desarrollo del Área;

"2. GEOADINPRO cederá a NCT el 60% de participación en el contrato que se suscriba con la ANH; y

"3. NCT tendrá a su cargo las actividades de inversión requeridas para la sísmica inicial, la reparación del Pozo Palmera 1 y los estudios requeridos para determinar el potencial exploratorio y de desarrollo del bloque, objeto del Contrato de EyP con la ANH. Las Partes se pondrán de acuerdo en el seno del Comité Ejecutivo para comprometer los presupuestos anuales subsiguientes que serán fondeados por NCT.

"Las Partes acuerdan intercambiarse toda la información asociada al Área y NCT realizará un Due Diligence, a los fines de determinar su participación o no en el Proyecto.

"El Due Diligence tendrá una duración de un mes, contado a partir de la fecha de la firma de este contrato. Durante este período de tiempo, NCT tendrá la facultad exclusiva de optar por participar en el Área, sin que GEOADINPRO firme con un tercero y ante la ANH el contrato de E&P. Una vez concluido el Due Diligence, NCT entregará el estudio técnico económico del Área a GEOADINPRO para su discusión y análisis y decidirá su participación o no en el Área.

"GEOADINPRO hará sus mejores esfuerzos para facilitar la participación de NCT directo o por cesión en el Contrato con la ANH. En el supuesto que las

diligencias sean infructíferas, las Partes acuerdan que no aplicara penalidad alguna.” (Se subraya la parte impugnada)

Por su parte en la cláusula segunda se establece:

"SEGUNDO: DURACION: El término de duración de este ACUERDO será el mismo que se emplee en el contrato que se suscriba con la ANH, a menos que NCT decida no continuar participando por no resultar el Due Diligence satisfactorio.

"Para el caso de que la ANH no autorice la cesión a NCT del 60% de participación en el contrato que GEOADINPRO firme con la ANH. Las Partes acuerdan que NCT será el Operador según se establece en la Cláusula OCTAVO de este acuerdo y se dará fiel cumplimiento a lo establecido en la Cláusula SEXTO: RESPONSABILIDADES en lo que se refiere a la cascada de prioridades de uso del dinero”. (Se subraya la parte impugnada)

Finalmente, en la cláusula décima novena se pactó:

"DECIMO NOVENO: El acuerdo se disolverá:

"Por vencimiento del término de duración.

"Por no resultar satisfactorio el Due Diligence que NCT realizará durante el mes de marzo de 2006.

"Por terminación del contrato con la ANH cualquiera que fuere el motivo.

"Por la imposibilidad de desarrollar el objeto del acuerdo.

"Por liquidación voluntaria o forzosa de alguna de las partes.

"Por las causales establecidas en la ley.” (se subraya la parte impugnada)

Como se puede apreciar, lo que se desprende de las cláusulas transcritas en la parte que se impugnan es el convenio de las partes en el sentido que la participación de NCT en el proyecto dependía de que se concluyera el “due diligence”, NTC lo considerara satisfactorio y decidiera participar en el proyecto.

Como ya se expresó, el sentido de dichas estipulaciones consistió en otorgar a NTC una opción, y por ello el contrato claramente prevé en la cláusula primera que NTC podrá optar por participar en el proyecto.

Ahora bien, como ya se expresó, la ley 51 de 1918 permite el contrato de opción en el cual se le otorga a una persona la facultad de decidir si quiere o no participar en un contrato futuro. Para este efecto, es evidente que las partes pueden prever la previa existencia de un estudio o análisis que le de al beneficiario de la opción los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión. En esta medida es claro que no se pueden considerar inválidas las cláusulas impugnadas que no son otra cosa que el reflejo de la opción que estructuraron las partes, con el argumento de que implican unas condiciones meramente potestativas, pues precisamente el contratante beneficiario de la opción no ha expresado su consentimiento en el sentido de adquirir las obligaciones que se derivarían del contrato objeto de la opción.

En este sentido vale la pena agregar que el artículo 1535 del Código Civil dispone que: "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga". Ahora bien, el contrato de opción se caracteriza por ser una promesa unilateral, en la cual quien otorga la opción se obliga a contratar en tanto que quien recibe la opción no asume obligación alguna. En esta medida debe concluirse que en el caso de la opción no se puede estar frente a una violación del artículo 1535 del Código Civil.

Por lo demás, como en la pretensión impugnativa se atacan las estipulaciones contractuales por considerar que son abusivas, debe observar el Tribunal que no encuentra ninguna otra razón para considerar nulas las estipulaciones mencionadas por ser abusivas.

En efecto, si se acude al derecho comparado se encuentra que una cláusula podría considerarse abusiva por razón de la forma en que se pacta o por razón de su contenido.

En principio en materia de eficacia o validez de los actos jurídicos por regla general las cláusulas de un contrato no pueden ser privadas de valor o efectos, sino en la medida en que respecto de ellas pudiera predicarse un vicio de validez.

Desde esta perspectiva por regla general el carácter objetivamente desequilibrado de una cláusula no permite privarla de validez, salvo los casos en que la ley así lo haya establecido.

El ordenamiento parte entonces de la base que los contratos se celebran entre personas capaces que pueden disponer libremente de sus intereses y que si las mismas han querido celebrar un contrato desequilibrado, el mismo debe respetarse. Lo anterior incluso si las partes disponen de poder dispar en el contrato.

Sin embargo, tal principio se estructura sobre el supuesto que las partes pueden decidir libremente contratar o no hacerlo, lo que no impide que el contrato haya sido redactado unilateralmente por una de ellas que la otra puede aceptar o rechazar. Por ello la jurisprudencia tradicionalmente ha reconocido que el contrato de adhesión es un verdadero contrato.

Sin embargo, teniendo en cuenta las variadas circunstancias que pueden presentarse respecto del consentimiento, en el derecho contemporáneo se han venido elaborando doctrinas que buscan asegurar que el contrato corresponda realmente al libre consentimiento de las partes. Partiendo de esta perspectiva es entonces procedente analizar los diversos supuestos que pueden plantearse para determinar si existe alguno que permita afirmar la nulidad de las cláusulas acusadas por razón del abuso del derecho.

5.1. El abuso de posición dominante en el mercado

Un primer supuesto es el abuso de la posición de dominio en el mercado. En este punto debe destacarse, en primer lugar, que una cosa es el abuso de posición

dominante en el mercado y otra el abuso de posición dominante en una relación determinada.

El abuso de posición dominante en el mercado tiene su base en el artículo 333 de la Constitución Política, precepto que se encuentra desarrollado por el Decreto 2153 de 1992, el cual establece una serie de conductas que pueden afectar la libre competencia en los mercados.

El numeral 5º del artículo 45 del Decreto mencionado define la posición dominante señalando que ella se caracteriza por “la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado”. Igualmente las normas de la Comunidad Andina se refieren al abuso de la posición de dominio, la cual se define como el hecho de que la empresa o empresas “pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores” (Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) En semejante sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional (sentencia T-375 de 1997).

El artículo 50 del mismo Decreto 2153 de 1992 señala una serie de conductas que constituyen abuso de posición dominante, el que se caracteriza porque tienen por objeto o efecto, afectar la competencia, al eliminar a otros competidores o prevenir la entrada o expansión de estos. Igualmente la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su artículo 5º establece una serie de casos que constituyen abuso de la posición de dominio.

En la medida en que de acuerdo con el artículo 46 del Decreto 2153 las conductas prohibidas por dichas normas de competencia tienen objeto ilícito, es posible que se presenten cláusulas abusivas por abuso de posición dominante en el mercado. Sin embargo en el presente caso no se plantea siquiera la existencia de una posición de dominio en el mercado, por lo que es evidente que dicho supuesto es inaplicable.

5.2. El abuso en una relación determinada

A menudo la doctrina, la jurisprudencia y el legislador hacen referencia a una posición dominante en una relación jurídica determinada. En tales eventos es claro que no se trata del supuesto al que alude el artículo 333 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, y por ello tal hipótesis debe ser examinada a la luz de otras reglas y principios que consagra el ordenamiento, como se hará a continuación.

5.3. El control a través del mecanismo del abuso del derecho

A menudo se sostiene que las cláusulas exoneratorias deben ser privadas de efecto porque constituyen un abuso del derecho, para lo cual se invocan las dos importantes sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con el abuso del derecho y las cláusulas abusivas del 19 de octubre de 1994 y del 2 de febrero de 2001.

Lo primero que se debe observar es que aún cuando en la segunda sentencia se hace referencia a la primera, ellas contienen dos análisis distintos. En efecto el análisis de la primera sentencia está referido al principio al abuso del derecho y el abuso del poder de negociación y el segundo a las cláusulas abusivas.

Por lo que se refiere a la primera sentencia en ella se afirma la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho en materia contractual. Igualmente la Corte precisa los criterios para determinar la existencia de un abuso de derecho, que pueden ser tanto de carácter objetivo como subjetivo y señala que no se puede a priori seleccionar uno de ellos sino que el juez debe emplearlos en cada caso concreto.

Ahora cabe preguntarse si en la celebración misma del contrato puede haber prácticas de abuso del derecho que determinen la invalidez de una cláusula.

Desde esta perspectiva la Corte expresó:

"b) En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.

"Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. ..."

Desde esta perspectiva debe observarse que desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que la violencia como vicio del consentimiento se puede estructurar en torno al abuso del derecho. En efecto, la violencia supone dos elementos, pues se requiere que la misma sea determinante para obtener el consentimiento, y que sea injusta, es decir que las conductas respectivas no

encuentren justificación en el ordenamiento³¹. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina, ha aceptado que puede haber violencia cuando se obtiene la celebración del contrato utilizando como instrumento de presión el ejercicio del derecho, en la medida en que tal ejercicio haya sido abusivo³², lo cual implica examinar “si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral o si fue aplicado cierto modo de presión que a la luz de la buena fe aparezca como excesivo, injusto o intocable, con la mira a conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho a producir éste”. (Se subraya)

A lo anterior se agrega que la violencia puede resultar no sólo de la coacción física, sino también puede ser el producto de otro tipo de fuerza. Dicha coacción puede resultar del ejercicio de un derecho o incluso, según expresó la Corte³³ en sentencias del 5 de octubre de 1939 y 28 de julio de 1958, puede resultar de las circunstancias.

De este modo, el ordenamiento reprime los contratos que una parte ha celebrado coaccionada por el ejercicio abusivo que la otra hace de su derecho.

Desde esta perspectiva es claro que puede ocurrir que una persona tenga un poder que afecta la libertad de la otra parte, quien ya no tiene la plena libertad de contratar o no. Si aquella ejerce dicho poder para obtener beneficios desproporcionados o condiciones no razonables puede haber violencia como vicio del consentimiento y la cláusula en cuestión no sería aplicable.

En el presente caso no se presenta ninguno de dichos supuestos. En efecto, el contrato fue ampliamente discutido entre las partes, sin que se pueda apreciar ninguna coacción por parte de una de ellas sobre la otra.

5.4. El abuso de las personas en situación de debilidad

³¹ Sentencia del 15 de abril de 1969, G.J. tomo 130, página 27

³² Sentencia del 5 de octubre de 1939, tomo 48, página 720

Por otra parte, igualmente existe en el derecho contemporáneo una tendencia en el sentido de sancionar la conducta de una persona que aprovechándose de la situación de inferioridad de la otra obtiene beneficios desproporcionados. Así lo consagran códigos como el Alemán³⁴, incluso antes de la reforma recientemente realizada, el Italiano³⁵, el portugués³⁶ o el holandés. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa ha hecho aplicación de la misma bajo el concepto de violencia económica, la cual ya tenía antecedentes en la interpretación que había hecho la jurisprudencia de las normas sobre violencia. Así mismo, la reciente propuesta de reforma del Código Civil Francés igualmente la consagra³⁷. Además, tal tendencia ha sido recogida en los principios de contratación comercial internacional de Unidroit³⁸. No sobra destacar que tal tendencia se ha manifestado con dos orientaciones: o bien para sancionar los contratos bajo la figura de la lesión, o bien para privarlos de validez por violencia como vicio del consentimiento.

Si bien esta tendencia no ha sido recogida expresamente en la ley colombiana, la misma encuentra apoyo en el último inciso del artículo 13 de la Constitución Política que dispone:

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

Esta disposición constitucional impone un deber de protección al Estado, el cual puede cumplir a través de la expedición de leyes que regulen este tipo de situaciones. Tal es el caso de las normas sobre incapacidades. Sin embargo, la expresión "Estado" no sólo cobija al legislador sino también a los jueces, los cuales, por consiguiente, tienen también el deber de sancionar los abusos que se cometan frente a una persona que está en una situación de debilidad manifiesta. A

³³ Sentencias del 5 de octubre de 1939, tomo 48, página 720, y 28 de julio de 1958, tomo 88, página 561

³⁴ Artículo 138.

³⁵ Artículos 1447 y 1448 del Código Civil Italiano

³⁶ Artículo 282.

³⁷ Artículo 1114-3

este respecto debe señalarse que de conformidad con el artículo 85 de la Constitución Política, el artículo 13 de la misma es de aplicación inmediata, por lo cual no es necesario que se expida una ley que regule la materia.

Los elementos que se requieren para que opere la norma constitucional son los siguientes:

En primer lugar, se requiere un abuso. El Diccionario de la Lengua señala que abusar es "Usar mal excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien" y "Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder". De esta manera, el abuso supone que el contrato es injusto o deshonesto. Tal situación debe ser clara, pues se trata de una sanción excepcional, por lo cual debe estar claramente demostrada la injusticia del negocio, lo cual debe determinarse a la luz de lo que es normal en las transacciones de ese tipo, pues se trata de sancionar el abuso de la situación de debilidad. En segundo lugar, se requiere que la persona se encuentre en situación de debilidad manifiesta. Si la debilidad es la falta de vigor o fuerza física, es claro que la norma constitucional se refiere a aquellas personas que no están en capacidad de defender sus intereses. Pero, además, esta debilidad debe ser manifiesta. El carácter manifiesto puede analizarse en general frente a toda la comunidad o frente al cocontratante. En la medida en que la norma busca sancionar el comportamiento reprochable de quien contrata abusivamente con alguien que no puede defenderse, es claro que lo que se debe determinar es si para dicho contratante era evidente la incapacidad de la otra persona para defender adecuadamente sus intereses.

Dicha debilidad, según la norma constitucional, puede obedecer a una situación económica, física o mental. Cabe preguntarse si esta enumeración es taxativa. Si se examina el propósito de la norma no se ve la razón por la cual sólo deben protegerse las personas en situación de debilidad por las razones mencionadas. Realmente lo que la norma quiso fue señalar unos criterios, incluyendo algunos como la debilidad económica que eran novedosos, pero de ninguna manera se

³⁸ Artículo 3.10

pretendió limitar la causa de debilidad a los mencionados. En los antecedentes de la norma no aparece tal voluntad de limitar su alcance. Por consiguiente, lo realmente fundamental es que exista una situación de debilidad.

Desde esta perspectiva parece claro que en ciertos casos cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad o delimitan el objeto de la obligación pueden ser impugnadas por ser impuestas a personas en situación de debilidad manifiesta.

Es claro que los supuestos a los que se ha hecho referencia no se presentan en el presente caso, pues no se puede sostener que Geoadinpro se encontrara en una situación de debilidad manifiesta que la llevó a aceptar las cláusulas que impugna.

5.5. Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados a través de condiciones generales

El derecho comparado ha diseñado instrumentos específicos para proteger a los consumidores y a aquellos que adhieren a condiciones generales. Ello obedece a las circunstancias particulares en que se celebran este tipo de contratos o se encuentra el consumidor. Así se ha estructurado un sistema para la protección del contratante cuando el contrato ha sido elaborado a través de condiciones generales³⁹, esto es, de modelos contractuales a ser utilizados en múltiples contratos, sin posibilidad real de modificación.

Las cláusulas generales en si mismas no son reprochables pues permiten unificar y racionalizar la contratación. Sin embargo, es evidente que ellas permiten que se cometan abusos. Fue la jurisprudencia alemana la que buscó diversos mecanismos de control y en particular un control del contenido de las cláusulas contenidas en condiciones generales. En tal sentido la Corte Federal Alemana señaló que "la exigencia del respeto debido a la buena fe, establecida en el artículo 242 del BGB,

³⁹ No sobra señalar que existen diversas concepciones acerca del alcance que puede tener el concepto de condiciones generales. Para algunos las condiciones generales se caracterizan porque simplemente se preelaboran para ser usadas en múltiples contratos. Para otros las condiciones generales se caracterizan porque no están incorporadas en el documento contractual sino que se incorporan por referencia ver al respecto Jose Antonio Ballesteros Garrido. Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía de la Voluntad. Ed JM Bosch. Barcelona 1999, páginas 64 y siguientes.

impone que aquel que se prevalece unilateralmente de la libertad contractual tenga en cuenta desde la redacción de las condiciones generales de los intereses de los futuros cocontratantes⁴⁰. La importancia de este mecanismo creado por la jurisprudencia condujo a que el mismo fuese consagrado por el legislador alemán en la ley del 9 de diciembre de 1976⁴¹. Esta ley sirvió de base para la adopción de otras legislaciones y de la directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 de la Comunidad Económica Europea, la cual sólo esta dirigida a regular las relaciones entre profesionales y consumidores⁴². En este sistema el eje de control es el respeto de la buena fe y por ello se consideran abusivas las cláusulas que establecen entre los contratantes un desequilibrio significativo que no es conforme a la buena fe⁴³.

A esta idea hizo referencia nuestra Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 2 de febrero de 2001 (expediente No 5670) en la cual señaló que en diversas legislaciones (incluyendo la ley de servicios públicos colombiana) “se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”

Ahora bien, el hecho de que el derecho colombiano no establezca de manera general un control de cláusulas abusivas en las condiciones generales, plantea la duda acerca de si en nuestro país es o no posible dicho control. A ello podría llegarse sosteniendo que las disposiciones de la ley 142 de 1994 constituyen un desarrollo de un principio general fundado en el de la buena fe que consagra el artículo 83 de la Constitución Política. Si el control de condiciones generales es un

⁴⁰ Dahmane Ben Abderrahmane. Le droit Allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes, página 170

⁴¹ Dice la ley que las condiciones generales de negocio son todas las condiciones contractuales preformuladas para una multitud de contratos que una de las partes en el contrato (estipulante) fija a la otra parte en el momento de conclusión del contrato. No importa si las condiciones son una partes especial exterior del contrato o si están integradas en el contrato mismo. No lo son las condiciones negociadas en detalle por las partes. Esta definición no supone una desigualdad entre las partes.

⁴² La directiva de la Comunidad considera abusivas las cláusulas que “... pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

⁴³ No sobra destacar que al desarrollar la Directiva en el derecho francés, el mismo prescindió de la referencia a la buena fe.

desarrollo de la Constitución Política, puede considerarse que la jurisprudencia puede extenderlo más allá del régimen de servicios públicos, como de hecho lo hizo la Corte a través de la sentencia mencionada.

Debe observarse que este sistema de control surge específicamente para los contratos elaborados por condiciones generales. En efecto, quien firma un documento preelaborado por la otra parte puede no estar en capacidad de comprender los diferentes aspectos del contrato por ser altamente técnicos. Además, dicha parte al celebrar el contrato considera fundamental el objeto de la prestación y puede no tomar en cuenta otros aspectos que a su juicio son accesorios. Finalmente, la práctica puede conducir a una estandarización de contratos de tal manera que el particular sólo tiene unas pocas opciones, en las cuales todas las empresas le imponen el mismo tipo de condiciones, por lo cual si se quiere obtener el bien o servicio que se requiere no hay otra alternativa razonable que adherir a las condiciones generales.

En estos casos el control debe adquirir contornos específicos. En este sentido puede considerarse que cuando se contrata con un profesional, que utiliza unas condiciones generales de contratación, el adherente lo hace bajo la base de que el mismo actuará de buena fe y si redacta el contrato, lo hará en términos leales de tal forma que correspondan a lo que se ha acordado y permita lograr el fin previsto. Realmente desde el punto de vista material el consentimiento ha versado sobre las prestaciones principales y en el resto, ante la imposibilidad de negociar algo distinto, el adherente confía en que las estipulaciones incluidas por el redactor del contrato permitirán lograr el objetivo.

Lo anterior implica entonces que el control debe tener por objeto que no se desvirtúe el propósito del contrato, ni las legítimas expectativas del contratante y que aquellos aspectos que no son objeto de discusión con el cliente deben ser materia de una regulación de buena fe, esto es leal. Es por ello que doctrina reciente señala que el fundamento de las reglas que rigen el control de las cláusulas contractuales es el de la confianza en la otra parte, que es en el fondo una expresión de la buena fe⁴⁴.

⁴⁴ Ballesteros, ob cit. Páginas 222 y siguientes

Vale la pena destacar que el control de cláusulas abusivas no incluye aquellas que constituyen el objeto mismo del contrato y que por ello son tomadas en cuenta por el contratante al celebrar el contrato. Lo anterior porque no se trata de sustituir el consentimiento del contratante, sino preservarlo frente a aquellas condiciones que ni siquiera examina ni debate.

Si bien el control a las condiciones generales de contratación por regla general se aplica a los contratos entre profesionales y no profesionales, se ha propugnado también su aplicación entre profesionales, aunque en este caso en Alemania (país de origen de la teoría) la ley determina que se debe tener en cuenta para establecer cuándo una cláusula es abusiva, las prácticas y costumbres comerciales. De hecho la doctrina señala que en el derecho alemán el control de las condiciones generales se aplica regularmente a los contratos entre profesionales.

Realmente no se ve por qué no puede establecerse este control respecto de los contratos entre profesionales, cuando uno de ellos contrata a través de condiciones generales.

Desde esta perspectiva parece claro que en derecho colombiano es posible, como lo señaló la sentencia de 2001, ya citada, establecer un control del contenido de las cláusulas de los contratos celebrados por condiciones generales, incluyendo no sólo a los consumidores sino también los contratos celebrados con profesionales.

Es claro que en el presente caso no se presentan los supuestos para ejercer el control de condiciones generales, pues el presente contrato no es elaborado en forma de condiciones generales, sino que fue redactado por las partes para el caso concreto.

De todo lo anterior resulta que no se presenta ninguno de los supuestos que determinan la invalidez de una cláusula por abusiva, por lo cual deberá negarse la pretensión del demandante en tal sentido.

6. LAS CLÁUSULAS EXONERATORIAS O LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD

Por otra parte igualmente solicita el demandante que se declare nula la obligación contenida en la cláusula cuarta del Contrato que dispone lo siguiente:

"CUARTA: RESPONSABILIDAD: GEOADINPRO y NCT serán conjunta y solidariamente responsables frente a la ANH y frente a terceros de la ejecución del Contrato de E&P suscrito con la ANH.

"En el evento en el cual se produjere algún tipo de perjuicio a las otras Partes o a terceros por responsabilidad exclusiva de una de las Partes, dicha Parte deberá asumir frente a la otra el 100% de la responsabilidad. Si el tercero afectado persigue a una Parte no demandada tendrá derecho a repetir contra la responsable por dicho porcentaje, además de los perjuicios que de esa situación se deriven.

"En ningún caso ninguna de las Partes será responsable frente a la otra Parte, por cualquier daño ó pérdida indirecta, incidental o consecuencial, o lucro cesante que pudiere surgir por el desarrollo o no desarrollo de las actividades descritas en este acuerdo.

"Si NCT decide participar en el contrato de E&P del Bloque Azar, una vez concluido el Due Diligence, y no cumpliera con las responsabilidades del artículo SEXTO del presente documento, pagará a Geoadinpro la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$.500,000), a título de indemnización única por los perjuicios causados por su incumplimiento Esta penalidad quedará sin efecto en los supuestos de que NCT no cumpla con sus responsabilidades por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos irresistibles de terceros, incluyendo actos terroristas o de guerrilla, en cuyo caso NCT podrá retirarse del proyecto, sin que nada adeude a GEOADINPRO". (Se subraya la parte impugnada)

En relación con esta cláusula considera procedente el Tribunal precisar lo siguiente:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad son en principio válidas en razón del artículo 1604 del Código Civil, que después de establecer la culpa de la que responde el deudor precisa 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". Sin embargo, también ha precisado que dichas estipulaciones no son válidas en caso de dolo o culpa grave.

En efecto en sentencia del 6 de marzo de 1972 dijo la Corte:

"...las cláusulas de irresponsabilidad cuya presencia no es rara hoy en cierto tipo 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 "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 por tanto plenamente eficaz, la atenuación y aún la supresión de la responsabilidad civil que la ley, como norma supletiva de la voluntad expresa de las partes, consagra para estos dos grados de culpa"

Así mismo, en sentencia del 13 de diciembre de 2002 (expediente 6462) la Corte precisó:

"Conviene brevemente resaltar, por su significación, que las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad no siempre se encuentran prohibidas por el legislador, concretamente el colombiano. Por el contrario, son varios los eventos en que, ministerio legis, expresamente se posibilitan,

como en el caso del saneamiento por evicción (art. 1909 C.C.); del saneamiento por vicios redhibitorios (art. 1916 ib.); de la obligación del arrendador de hacer reparaciones necesarias en la cosa arrendada (art. 1985 ib.) o de la acción de saneamiento en el contrato de arrendamiento (art. 1992 ib.), entre otras hipótesis que siguen el trazado que pincela el artículo 1604 del Código Civil, norma según la cual, las reglas sobre responsabilidad del deudor que en él se establecen, tienen carácter supletivo, pues obran "sin embargo...de las estipulaciones expresas de las partes".

"Obviamente que, tratándose de conductas dolosas, no puede excusarse la responsabilidad de quien ha obrado con doblez, mancillando, de paso, el acrisolado postulado de la buena fe negocial –en su vertiente objetiva-, razón por la cual, de antiguo, bien se ha precisado que "es nulo el pacto de que uno no deba responder por dolo" (conventio in quis teneatur de dolo, non valet; Accursio), según lo ha corroborado, reiteradamente la jurisprudencia patria (G.J. Tomo C. pág. 280. Cfme: XLIV, pág. 405)."

Por otra parte, se ha sostenido que no son válidas las cláusulas de exoneración general de responsabilidad. A este respecto vale la pena recordar que en sentencia del Diciembre 9 de 1936, G.J. 1918, pp. 497 ss, la Corte expresó: "Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquéllas por las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación". Agregó la Corte: "Es una contradicción al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehuye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor".

Del párrafo anterior se podría deducir que la Corte ha considerado inválidas las cláusulas de exención general de responsabilidad. Sin embargo, si se examina esta misma sentencia se encuentra que en ella se analizan a continuación las normas del Código Civil y frente a los artículos 63, 1522 y 1604 señala la Corte que

“siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que la inejecución de la obligación sea debida a dolo o culpa grave”. Igualmente se expresan las diversas posiciones de la doctrina francesa y frente al fallo del tribunal cuya sentencia se revisa y que consideró nulas algunas cláusulas sobre la responsabilidad que asumen los tenedores de las chequeras, señaló la Corte que “el Tribunal prescindió en absoluto del estudio de esas cláusulas por considerarlas totalmente nulas por tener objeto ilícito y no poder ser materia de estipulaciones entre las partes, siendo así que al tenor del artículo 1604 del C.C. aún interpretado a la luz de la más exigente doctrina sobre ineficacia integral de las cláusulas de no responsabilidad, esta ineficacia solamente dice orden a la inejecución debida a dolo o a culpa grave del deudor y en todo caso tales estipulaciones producen el efecto de la inversión de la carga de la prueba, aspecto que tampoco estudio el Tribunal, hay que concluir que es justificado el cargo de violación de la doctrina contenida en los referidos artículos del código civil ...”. Agregó la Corte: “En síntesis, la teoría del riesgo creado excluye la responsabilidad de la victima proveniente de cierto grado de culpa de ésta, alegada y demostrada por la otra y las cláusulas de exención de responsabilidad sólo son ineficaces cuando tiendan a eximir de responsabilidad al autor de dolo o de culpa grave cuando se trata de daños al patrimonio” (se subraya)

Al examinar el conjunto de la sentencia no se puede concluir que la Corte haya establecido que no son válidas las cláusulas que exoneran de responsabilidad de manera general, sino que ellas son ineficaces, es decir no producen efecto, cuando se trata de exonerar por daños causados por dolo o culpa grave. De esta manera, esta sentencia lo que hace es confirmar la línea jurisprudencial mencionada, en el sentido de que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad son válidas y producen efectos, salvo cuando se trate de exonerar por dolo o culpa grave.

De otra parte, se ha sostenido que las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad no son válidas cuando se trata de la limitación o exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación fundamental.

Esta teoría surge en el derecho inglés, en el cual durante algún tiempo se consideró que las cláusulas de exoneración de responsabilidad no eran válidas cuando se trataba del incumplimiento de una obligación fundamental. Sin embargo tal posición fue abandonada por la Cámara de los Lores en fallos de 1964⁴⁵ y 1980⁴⁶ porque, según la doctrina, dicha teoría no era necesaria, en razón de nuevas normas de protección a los consumidores, y porque se buscaba restablecer la libertad contractual y permitir la distribución de riesgos en materia comercial⁴⁷.

Igualmente el derecho francés en algunos casos ha considerado que no son válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad en los casos de incumplimiento de una obligación fundamental⁴⁸. Sin embargo, no es absolutamente claro si finalmente este es hoy en día un principio en el derecho francés⁴⁹.

Desde la perspectiva del derecho colombiano no es claro que se pueda afirmar que la cláusula exoneratoria o limitativa de responsabilidad no produzca efectos en el caso del incumplimiento de una obligación esencial. En efecto, no se puede afirmar que ello implique una contradicción con el concepto mismo de la obligación, porque finalmente el deudor no queda obligado. En efecto como dice Christian Larroumet “una cosa es estipular que el deudor no tiene una obligación, y otra es estipular que el deudor no es responsable en caso de inejecución”⁵⁰. Señala Larroumet que sólo podría sostenerse que las dos estipulaciones corresponden a la

⁴⁵ UGS Finance v National Mortgage Bank of Greece [1964] 1 Lloyd's Rep 446

⁴⁶ in the Suisse Atlantique case [1967] 1 AC 361, and Photo Production Ltd v Securicor Transport [1980] AC 827

⁴⁷ Las Cortes Canadienses adoptan un punto de vista semejante en el caso *Synchrude Canada Ltd. v. Hunter Engineering Co.* [1989] 1 S.C.R. 426, 3 W.W.R. 385. En tal sentido se sentó el principio que la corte no debía interferir en el negocio de las partes, siempre que el acuerdo no sea “unconscionable”. Sólo cuando el contrato es “unconscionable”, como cuando *las dos partes tienen diferente poder de negociación, debe intervenir la Corte.*

⁴⁸ Sentencia 22 de octubre de 1996. Se trataba de un contrato de mensajería que se especializaba en entregar rápidamente el correo y que entregó tarde una propuesta a un concurso. El contrato limitaba la responsabilidad al valor del servicio.

⁴⁹ En efecto en fallo del 9 de julio de 2002, la Corte de Casación consideró en el mismo caso Chronopost que no se había establecido la culpa grave que podía excluir la cláusula exoneratoria de responsabilidad. Así mismo en fallos del 22 de abril de 2005 la Corte de Casación señaló en otros casos que el solo retraso del transportador en los contratos de mensajería rápida no constituye per se una culpa grave que excluya la cláusula limitativa de responsabilidad prevista en el contrato tipo. En fallo del 21 de febrero de 2006, la Corte señaló que la existencia de una culpa grave no surge del solo incumplimiento de una obligación esencial. Finalmente en fallo del 13 de febrero de 2007 (Franfinance contra Oracle) señaló que una cláusula limitativa de responsabilidad no es aplicable en caso del incumplimiento de una obligación esencial.

⁵⁰ Ob cit, página 145

misma situación, cuando se pretende la exoneración por hecho intencional del deudor. Desde esta perspectiva es evidente que el argumento contrario a la cláusula exoneratoria carece de valor cuando la cláusula no exonera del hecho intencional o la culpa grave del deudor, lo cual ocurre como regla general, pues la exoneración por tales conductas está prohibida. En este sentido señalaban los Mazeaud que la cláusula exoneratoria no convierte la obligación en potestativa, pues en todo caso se responde en caso de incumplimiento intencional⁵¹. Por otra parte, el ordenamiento permite renunciar a la responsabilidad en casos en que se puede considerar que existe un incumplimiento esencial. Así ocurre en la venta respecto de la cual la ley permite la renuncia al saneamiento por evicción o por vicios ocultos, siempre que sea de buena fe. Lo anterior demuestra que el ordenamiento no rechaza por principio las cláusulas exoneratorias o limitativas aun cuando se refieran a una obligación esencial.

La doctrina contemporánea, además, hace énfasis en el equilibrio del contrato como elemento de un orden público contractual que impediría las cláusulas exoneratorias o limitativas. A tal efecto, se hace referencia a las normas del derecho francés y del derecho italiano que consagran como criterio para determinar el carácter abusivo de una cláusula su carácter desequilibrado⁵² y se señala que en Colombia a falta de norma positiva se podría ejercer un control judicial bajo el argumento de la necesidad de restablecer el equilibrio contractual⁵³.

Sin embargo debe observarse que esta doctrina se funda en consideraciones del derecho europeo propias de la protección a los consumidores. Así ocurre en el derecho francés. Se trata entonces de una técnica específica que tiene en consideración la situación particular de ciertos contratantes.

Ahora bien, el ordenamiento colombiano parte de la base de que los contratos pueden ser desequilibrados, si las partes así lo quieren. Es por ello que la lesión como vicio del contrato sólo opera cuando la ley expresamente lo establece. Si

⁵¹ Mazeaud, Ob cit, página 44

⁵² Ver José Manuel Gual Acosta, Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad Civil. Ed Grupo Editorial Ibáñez. 2008, pagina 329 y siguientes

bien en materia de consumidores la doctrina ha precisado que una cosa es la lesión (que se refiere a las prestaciones principales: cosa y precio) y otro el desequilibrio en los demás derechos y obligaciones del contrato, lo cierto es que si los contratantes pueden celebrar un contrato desequilibrado en las prestaciones principales, igualmente deben poder hacerlo respecto de los demás aspectos del contrato, en los casos en que no existe otras razones para privar de eficacia tales cláusulas.

Así las cosas en derecho colombiano, en principio no parece posible establecer un sistema general de control de contratos desequilibrados. Sin embargo, lo anterior no significa que en todos los casos sea irrelevante el desequilibrio del contrato. En efecto, si se parte de la base de que las partes son libres de pactar contratos desequilibrados, es porque pueden libremente consentir en ello. Por tal razón cuando se presentan circunstancias particulares en la celebración del contrato que permitan considerar que no se consintió realmente sobre ese desequilibrio, podría ejercerse un control, a la luz de la buena fe. Lo anterior ocurrirá particularmente en los contratos de condiciones generales⁵⁴, pues en ellos la parte que adhiere no tiene la posibilidad de discutir las condiciones generales y por ello espera que el contrato esté estructurado en forma que asegure el fin previsto al contratar. Si el contrato no se redacta de esa manera no se actúa conforme a la buena fe.

En el presente caso, no existe entonces ninguna razón para privar de validez la cláusula, sin perjuicio de que si se establece que existió culpa grave o dolo ella no pueda producir efectos.

Por otro lado, observa el Tribunal que la cláusula acusada busca exonerar de responsabilidad “por cualquier daño ó pérdida indirecta, incidental o consecuencial, o lucro cesante”.

Frente a lo anterior se encuentra que en derecho colombiano la responsabilidad sólo opera por los daños que tienen una relación directa con el hecho generador de responsabilidad. En esta medida sería claro que la estipulación, en cuanto exonera

⁵³ Gual, ob cit, página 507 y 508

de responsabilidad por daños indirectos, no tendría mayor sentido, pues exonera de un daño cuya reparación ni siquiera impone el ordenamiento en caso de dolo. Empero debe observar el Tribunal que igualmente se exonera de daños consecuenciales. Ahora bien, el ordenamiento colombiano no contempla una categoría denominada daños consecuenciales. Sin embargo, dicha categoría si existe en el derecho anglosajón.

Dada la influencia del derecho anglosajón en la práctica de la industria petrolera, entiende el Tribunal que a través de la estipulación mencionada las partes querían exonerarse de responsabilidad por los daños consecuenciales que igualmente se denominan indirectos en derecho anglosajón. Dichos daños se oponen para algunos a los daños generales. Los daños generales (general damages) son los costos que inmediatamente surgen de la violación del contrato, incluyendo aquellos que naturalmente surgen de dicha violación. Dichos daños pueden ser previstos al momento del contrato. Por el contrario, los daños indirectos o consecuenciales, son los demás daños que pueden producirse por la violación del contrato. En ciertas jurisdicciones sólo procede el pago de daños consecuenciales cuando la parte ha aceptado asumir dichos daños aunque sea tácitamente (así ocurre de acuerdo con la ley Nueva York⁵⁵), en tanto que las jurisdicciones distintas a las de la common law, la reparación puede incluir daños consecuenciales que sean consecuencia directa del incumplimiento.

En atención al criterio previsto por el artículo 1620 del Código Civil que dispone que en la interpretación de una cláusula debe preferirse el sentido en que puede producir algún efecto, a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, el Tribunal entiende que el sentido de los daños a que se refiere la cláusula es el que se ha señalado, propio del derecho anglosajón y de la industria petrolera. Igualmente la cláusula exonera de lucro cesante.

Ahora bien, dichas exoneraciones como ya se vio, son en principio validas y eficaces, salvo que en el caso concreto se hubiese actuado con dolo o culpa grave.

⁵⁴ En este sentido Gual, página 518

Por lo anterior se negará la petición de nulidad de la cláusula cuarta del contrato.

7. LA PRETENSIÓN DE INCUMPLIMIENTO

En la pretensión segunda principal se solicitó que se declarara que la demandada incumplió el contrato celebrado el 28 de marzo de 2006, por lo que deberá resolverse.

En la demanda se señalaron como hechos constitutivos de incumplimiento: "la no constitución del encargo fiduciario; el no otorgamiento de la carta de crédito y, el no cumplimiento de las demás obligaciones económicas derivadas del contrato y, la solicitud soterrada de requerir de la **ANH** la adjudicación del mismo bloque "AZAR" al que se denominó "NCT". Así mismo, se señaló que se habían incumplido las obligaciones contenidas en las cláusulas cuarta, décima tercera, décima cuarta y décima octava.

Para este efecto considera procedente el Tribunal señalar lo siguiente:

En la cláusula primera del contrato se establecieron las obligaciones de las partes y en particular que "3. NCT tendrá a su cargo las actividades de inversión requeridas para la sísmica inicial, la reparación del Pozo Palmera 1 y los estudios requeridos para determinar el potencial exploratorio y de desarrollo del bloque, objeto del Contrato de E&P con la ANH. Las Partes se pondrán de acuerdo en el seno del Comité Ejecutivo para comprometer los presupuestos anuales subsiguientes que serán fondeados por NCT."

En la última parte de la cláusula cuarta se pactó:

"...

⁵⁵ *Eric C. Schneider* Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions. *Journal of International Business Law* [1995] 615-668, quien señala que en los Estados Unidos las Cortes buscan limitar los daños al riesgo tomado por el contratante al contratar.

"Si NCT decide participar en el contrato de E&P del Bloque Azar, una vez concluido el Due Diligence, y no cumpliera con las responsabilidades del artículo SEXTO del presente documento, pagará a Geoadinpro la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$.500,000), a título de indemnización única por los perjuicios causados por su incumplimiento. Esta penalidad quedará sin efecto en los supuestos de que NCT no cumpla con sus responsabilidades por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos irresistibles de terceros, incluyendo actos terroristas o de guerrilla, en cuyo caso NCT podrá retirarse del proyecto, sin que nada adeude a GEOADINPRO."

Igualmente en la cláusula sexta se estableció que

"6.1. Inversiones: NCT tendrá a su cargo el 100% de la inversión para las actividades requeridas para el cumplimiento de las obligaciones mínimas asumidas con la ANH en el Contrato de E&P del bloque Azar. El Operador someterá presupuestos anuales para la aprobación del Comité Ejecutivo y a su vez tendrá la flexibilidad de hasta un 5% del monto aprobado antes de someter nuevamente a la consideración del Comité Ejecutivo. A fines de planificación y presupuesto, las Partes estiman que el monto inicial a ser sometido al consideración Comité Ejecutivo no excederá un monto de Dos Millones Doscientos Mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$.2,200,000).

"...

"Igualmente será responsabilidad exclusiva de NCT la consecución y pago de una fianza de una compañía de seguros o del colateral requerido por un banco aceptado por la ANH, para emitir a favor de la ANH una carta de crédito irrevocable de garantía para garantizar el programa mínimo de inversión comprometido ante la ANH"

En la cláusula décima tercera se pactó:

"DECIMO TERCERO: CONFIDENCIALIDAD: Las Partes deberán mantener toda información entregada por una de las Partes a la otra de manera confidencial. Esta obligación no aplica a las Partes con relación a información que (i) sea de dominio público, (ii) se convierta de dominio público sin violación de este Acuerdo por cualquiera de las Partes, o (iii) esté disponible (o se haga disponible) a través de fuentes externas distintas a las Partes. Esta cláusula permanecerá vigente hasta dos (2) años después de terminado este acuerdo. Dicha confidencialidad será extensiva a los funcionarios, empleados y asesores contratados por las Partes, salvo cualquier divulgación que sea ordenada por alguna ley o instancia judicial, administrativa o gubernamental, en cuyo caso la Parte que sea requerida deberá notificarlo a la otra Parte de inmediato, por escrito, a fin de tomar las medidas pertinentes."

En la cláusula décima cuarta se estipuló:

"DECIMO CUARTO.- EXCLUSIVIDAD: Ninguna de las Partes podrá desarrollar por su cuenta ninguna gestión ó negocio que aproveche información comercial ó técnica compartida, ni por si sola ó mediante alguna de sus compañías filiales, afiliadas o relacionadas. Si una de las Partes decide no seguir con el acuerdo para ejecutar la oportunidad de negocio, la otra Parte tendrá el derecho de ejecutarla a su solo riesgo y cuenta".

Como ya se dijo, la mayor parte de las obligaciones que surgían del Contrato estaban subordinadas a que NCT ejerciera su opción, salvo las de confidencialidad y exclusividad que operaban independientemente de la opción. Por consiguiente, para determinar la existencia o no de un incumplimiento es necesario determinar en primer lugar si se ejerció o no la opción, pues si ello no ocurrió no existen las obligaciones mencionadas.

Lo primero que observa el Tribunal es que de la correspondencia cruzada entre las partes y de la prueba aportada al proceso se desprende que se hizo el due diligence. Sin embargo, no hay constancia de que NTC haya manifestado su voluntad en el sentido de querer participar en el proyecto en los términos del Acuerdo.

En efecto, por comunicación electrónica del 28 de abril de 2006 NTC Energy Group solicitó una prórroga del término para concluir el due diligence hasta el 16 de mayo de 2006⁵⁶.

Posteriormente, el 12 de mayo de 2006 se produce un correo electrónico enviado por Roberto Mora C de NCT Energy Group a Ricardo Villalobos, en el cual le manifiesta⁵⁷:

"Ricardo para tu información, ya concluimos el due diligence desde el punto de vista técnico.

"El Lunes y Martes de la próxima semana habrá una reunión decisiva donde se consolidará la parte técnica y la de negocios comercial, para notificarles posteriormente a ustedes nuestra decisión final sobre el proyecto."

El mismo día Ricardo Villalobos le envía una comunicación a Roberto Mora preguntándole si el miércoles pueden tener una respuesta⁵⁸.

El 19 de mayo de 2006 el señor Ricardo Villalobos envía a Roberto Mora, Manuel Treviño, Luis Matheus, Leonardo Villaroel un correo en el cual desea "puntualizar unos aspectos de la reunión de esta mañana", y expresa:

"1. NCT siempre ha tenido la exclusividad del bloque siempre y cuando no se cambien los términos del acuerdo. Estamos dispuestos a firmar con ustedes inmediatamente si se mantienen los términos pactados

⁵⁶ Anexo 21 de la demanda. Folio 202 del Cuaderno de Pruebas No 1

⁵⁷ Anexo 22 de la demanda. Folio 203 del Cuaderno de Pruebas No 1

⁵⁸ Folio 169 del Cuaderno de Pruebas No 2

originalmente. Con la variación de los porcentajes sugeridos por ustedes el día de hoy (posición muy respetable pero que solamente tiene en cuenta uno solo de los elementos del área) no podemos garantizarles exclusividad. Sin embargo, esperamos hacerles una contrapropuesta a la mayor brevedad.”(Se subraya)

Igualmente hace una serie de comentarios sobre los análisis técnicos.

El 19 de mayo de 2006 el señor Roberto Mora le envía un correo a Ricardo Villalobos en el cual indica que “Estamos procediendo a revisar toda la data con tus comentarios. Nuestros técnicos te llamarán para las aclaratorias respectivas”⁵⁹.

El 22 de mayo de 2006 el señor Ricardo Villalobos envía un correo a Ricardo Mora, Manuel Treviño, Luis Matheus y Leonardo Villaroel en el cual expresa⁶⁰:

“Mis socios estuvieron analizando el acuerdo recibido por ustedes el viernes 19 de mayo/06, les parece que se pueden enredar un poco las cosas, suponían que el objeto del documento era simplificarlo hasta donde fuera posible en aras de un mejor entendimiento y previendo, eventualmente diferencias innecesarias. No obstante, respetamos su posición y es muy válida.

“Los cambios que estamos sugiriendo los protege por calidad y precio de acuerdo con sus sugerencias también nos bonifica en el caso concreto, creemos que es lo más justo para las dos partes”. (Se subraya)

Es importante señalar que en el documento anexo, que consiste en un proyecto de contrato, se indica que NCT terminó el due diligence y que el resultado fue satisfactorio. Adicionalmente en dicho proyecto de contrato se indica que NCT ha decidido participar.

⁵⁹ Folio 168 del Cuaderno de Pruebas No 2

⁶⁰ Folio 179 del Cuaderno de Pruebas No 2.

El 22 de mayo de 2006 Ricardo Villalobos le envía una comunicación a Roberto Mora en la cual le expresa⁶¹:

"En la Agencia me informaron que lo ideal sería presentar hoy la documentación de ustedes, pues el Comité Técnico se reúne los martes. Si no se puede hoy el viernes de esta semana, para que entre al Comité del 30 de mayo, pero si no es posible aún, entonces a más tardar el viernes 2 de junio. En la carta debe especificarse el porcentaje de participación de las empresas. Una vez NCT sea aprobado por la ANH es nuestra decisión la forma como queremos asociarnos (consorcio, unión temporal)

"Como me comentaste que hasta la próxima semana estaría lista la documentación de ustedes he hecho la carta con fecha 2 de junio. La semana entrante pueden pasar por ella para que la entreguen junto con sus documentos, que les sellen la copia, por favor, y me la hacen llegar.

"Lee por favor la carta y has los cambios que consideres pertinentes. Te ruego, por favor tus sugerencias a la mayor brevedad, lo mismo que el documento de la contrapropuesta". (Se subraya)

En respuesta el 22 de mayo de 2006 el señor Roberto Mora manifestó⁶²:

"Ricardo, el acuerdo lo firmamos dos empresas NCT Energy Group C.A. y NCT Estudios y Proyectos Sucursal Colombia. Esta semana nosotros decidiremos si iremos ambas empresas consorciadas o crearemos un vehículo único especial para ir a ANH.

"Si la carta incluirá la participación, deberíamos esperar a revisar nosotros el acuerdo remitido por ustedes y llegar a finiquito antes de emitir la misma a ANH.

⁶¹ Anexo 23 de la demanda. Folio 204 del Cuaderno de Pruebas No 1.

⁶² Anexo 23 de la demanda. Folio 204 del Cuaderno de Pruebas No 1

"El miércoles le remitiremos una carta sugerida para tus comentarios. Escojo miércoles porque mañana estaremos en Caracas discutiendo la propuesta de ustedes" (se subraya).

Adicionalmente, el 26 de mayo de 2006 aparece una comunicación electrónica remitida por Jorge Nehme a Manuel Treviño, Leonardo Villaroel y Fernando Puig, a la cual se anexo un documento en la cual se eliminan las referencias al due diligence tal y como lo reconoció el señor Nehme en su declaración⁶³:

"DR. PALACIO: Claro, entonces quien pudo haber producido las notas de eliminación?"

"SR. NEHME: Realmente no lo recuerdo, no lo recuerdo, pero evidentemente a lo mejor, mire hemos acordado que vamos a eliminar toda relación a Due Diligence y bueno a lo mejor lo haya eliminado yo, pero no podría decirle quien hizo la eliminación"

Más adelante afirmó el testigo:

"DR. PALACIO: Esa minuta que fecha tiene"

"SR. NEHME: El email 26 de mayo"

Si se observa el texto de dicha minuta⁶⁴ se encuentra que en la misma no existe referencia al due diligence. En efecto, en él se expresa:

"PRIMERO: OBJETO: El objeto del presente Acuerdo es fijar las bases para solicitar y participar conjuntamente en la exploración y desarrollo del Área Azar. En este sentido, las Partes intervinientes desarrollarán todas las actividades tendientes a determinar el potencial de exploración y producción (E&P) del Bloque Azar. Las partes tendrán entre otras obligaciones las siguientes."

⁶³ folios 257-282 del Cuaderno de Pruebas No 6

"GEOADINPRO tendrá que solicitar y suscribir conjuntamente con NCT el contrato con la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH) una vez sea adjudicado el Bloque Azar (en lo sucesivo "Area"), para ejecutar las fases de evaluación, exploración, explotación y desarrollo del Area: y NCT tendrá a su cargo las actividades de inversión requeridas para la sísmica inicial, la reparación del pozo Palmera 1 y los estudios requeridos para determinar el potencial exploratorio y de desarrollo del bloque, objeto del Contrato de E&P con la ANH, así como todas las contenidas en la Cláusula Sexta, siempre que la ANH permita que NCT participe conjuntamente con GEOADINPRO en la suscripción del Contrato para la evaluación, exploración, explotación y desarrollo del Area. Las partes se pondrán de acuerdo en el seno del Comité Ejecutivo para comprometer los presupuestos anuales subsiguientes que serán fondeados por NCT..."

...

"Si NCT no cumpliera con las responsabilidades del artículo SEXTO del presente documento, pagará a GEOADINPRO la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$500.000)..."

Así mismo en el artículo primero del documento aportado por la doctora Briceño se observa:

"PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente Acuerdo es fijar las bases para participar conjuntamente en el Contrato de Exploración y Producción (en lo sucesivo el Área). En este sentido las Partes desarrollarán todas las actividades tendientes a determinar el potencial de exploración y producción (E&P) del Área. Las Partes tendrán entre otras obligaciones las siguientes:

"1. GEOADINPRO tendrá que solicitar y suscribir el contrato con la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH) y ceder a NCT una participación según lo indicado en la Cláusula Quinta, una vez sea adjudicado el Área,

⁶⁴ Folios No. 261 a 272 del Cuaderno Principal.

para ejecutar las fases de evaluación, exploración, explotación, y desarrollo del Área;

"2. Las Partes acuerdan que NCT, a los efectos del Área y de este Acuerdo, actuará como el Operador del Área (el Operador) conforme a lo estipulado en la Cláusula Octava; y"

Igualmente, se elimina toda mención al "Due Diligence"

Por su parte en su interrogatorio de parte el señor Ricardo Villalobos⁶⁵ expresó:

*"DR. LOZANO: **Pregunta No. 10.** Diga como es cierto si o no, y afirmo que es cierto, que a partir de la segunda semana de mayo 2006, Geoadinpro y las hoy convocadas iniciaron una renegociación o la estructuración de un nuevo negocio, para acordar una eventual participación en el bloque azar?"*

"SR. VILLALOBOS: Sí, sí nosotros tuvimos varias conversaciones, tuvimos varios intentos de hacer un contrato diferente, contratos que nunca se firmaron, contratos que nunca se hicieron, por ejemplo el 19 de mayo del 2006, cuando me reúno con el señor Manuel Treviño, y él me dice que el Due Diligence fue satisfactorios para ellos, que sin embargo, ellos quieren variar el porcentaje de participación de acuerdo a la gravedad ... del crudo, le digo me parece completamente válido porque ahí estamos protegidas las dos partes; y como respuesta a esa reunión el 22 de mayo, de ese mismo año, ya tres días después de nuestra reunión le envió, cómo es que la llamé? La contrapropuesta. Le envió la contrapropuesta al señor Manuel Treviño, y en esa contrapropuesta recalco, eso debe estar también en algunos de los folios, no sé en donde pero pues... es del 22 de mayo, en esa contrapropuesta recalco, NCT participará porque Due Diligence fue positivo, eso está en el correo electrónico mío del 22 de mayo, y a su vez le anexo diferentes porcentajes de acuerdo a la gravedad PEI, ellos envían otros documentos para concluir, que el último documento que ellos le

⁶⁵ Folios 141 a 162 del Cuaderno de Pruebas No 6.

envían a la doctora Luz Amparo, que también está ahí en el expediente, respecto a los grados ... y respecto al porcentaje de participación es esencialmente lo mismo, es una cuestión de presentación, una cuestión de forma más no de fórmula, lo pongo mediante el número discreto, y ellos tratan de hacerlo más sutil pero es exactamente lo mismo."(se subraya)

"DR. CHALELA: Posteriormente, agosto como hubo unas conversaciones adicionales, en ese proceso previo agosto, tal vez está por ahí, hay unas propuestas sobre variaciones de participación?

"SR. VILLALOBOS: No realmente, en agosto no, doctor, eso fue únicamente el 19 de mayo, el 19 de mayo fue cuando Manuel Treviño, me dijo participamos pero, hagámosle unas modificaciones a la participación de acuerdo a la gravedad PEI, de todas manera teníamos que seguirnos presentando como sesenta y cuarenta, entonces si el crudo era de treinta grados, dudo... más porcentaje, más de sesenta, pero si el crudo era de veinte grados, iba a tener menos porcentaje.

"Eso fue lo acordamos el 19 de Mayo, se los envíe a ellos en el documento que se llama, la contrapropuesta y el documento que ellos envían finalmente, a la doctora Briceño, no conozco otro, ese documento refleja exactamente lo propuesto por mí de la reunión del 19 de mayo, perdón estoy diciendo mal no exactamente, esos documentos que reflejan lo que había propuesto más lo complementan"(se subraya)

Igualmente en la declaración del señor Treviño se expresó⁶⁶:

"SR. TREVIÑO: El contrato de marzo 28 ya estaba prácticamente caduco, lo que nosotros firmamos el 28 de marzo, es analizar una opción de negocio bajo una pretensión, bajo un prospecto que nos presenta Geoadinpro, prospecto que al validarlo no era correcto técnicamente en nuestra opinión. Ese elemento del 28 de marzo evolucionó radicalmente al momento en que

⁶⁶ Folios 283 a 320 del Cuaderno de Pruebas No 6.

Due Diligence Técnico se hizo evidente que no era cierto. Señores, agarrar y decir que el área de, ¿puedo usar el mapa de la ANH para explicar mi punto?

"...

"SR. TREVIÑO: El 28 de marzo, evolucionó a tal grado que ya eso dejó de existir en la mente de todos, estábamos hablando de una cosa totalmente distinta. El 28 de marzo fue un punto de partida que sale de la evaluación de un prospecto, prospecto que después pudo ser validado técnicamente y evolucionó tratando de salvar el negocio para que eventualmente cayera dentro de una vinculación que no ocurrió.

"...Cuando las condiciones fueron cambiando en el tiempo que fue producto de una negociación de Geoadinpro con la ANH, el acuerdo del 28 de marzo también fue evolucionando, pecamos a lo mejor en el hecho de que no pusimos punto y final al primero e iniciamos el segundo, pero la intención originaria fue, yo necesito evaluar una opción de negocios, pero el 28 de marzo comparado con agosto era totalmente distinto, eran 2 eventos completamente distintos, no sé si me explique.

"...

"DR. CHALELA: Creo que si responde la primera, si mi entendimiento es correcto, la respuesta a la pregunta y perdóneme que quisiera tener la seguridad que estoy entendiendo esta respuesta, es que para agosto en realidad si hay una modificación de lo que pudo haber sido el contrato pactado en marzo.

"SR. TREVIÑO: Sí señor y este es uno de los elementos determinantes que influye en la versión económica".

Igualmente en su declaración la doctora Briceño expresó:

"SRA BRICEÑO: No, antes de surgir el conflicto, debió ser si mi memoria no me falla durante el mes de junio del año 2006, fui llamada telefónicamente por el señor Roberto Mora, quien me comentó que estaba en una serie de negociaciones con el señor Ricardo Villalobos de Geoadinpro con miras a participar en un proyecto muy importante que se llama el Bloque Azar, y querían conjuntamente porque él fue claro en decirme que él quería que yo lo atendiera en mi oficina conjuntamente con el señor Villalobos para un tema específico que era tratar de que yo les explicara en que consistía la fiducia mercantil o el patrimonio autónomo que exige la Agencia Nacional de Hidrocarburos, cuando se firman contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, ese fue el motivo de la consulta que se le hizo.

"...

SRA BRICEÑO: No, en lo absoluto, inclusive yo en la reunión que tuvimos con Ricardo Villalobos y Fernando Vera en mi oficina se habló de volver a reestructurar el negocio completamente y empezar a dejar un contrato con unas regulaciones más específicas y más claras para el momento en que se determinara que si que era una opción para NCT hacer este tipo de negocio."

El 23 de junio de 2006 se envió una comunicación electrónica por Roberto Mora a Luz Amparo Briceño, con copia a Geoadinpro en la cual textualmente se expresa⁶⁷:

"Luz Amparo, te remito el documento que tenemos hasta ahora con las últimas observaciones de las partes(falta la revisión final) preparado a la fecha para la relación con el campo Azar.

"De acuerdo con lo conversado ayer, te agradezco una revisión general del documento, visualizar si el tipo de documento es el correcto para el tipo de acuerdo, y además incorporarle lo de la cláusula fiduciaria y la carta de crédito. Mucho agradecería si consideras lo del evento que no nos acepte la

⁶⁷ Folio 213 del Cuaderno de Pruebas No 1

*ANH y tenemos la fiducia en el campo y chequear si el documento deja claro la relación en este caso*⁶⁸ (se subraya)

El 25 de junio de 2006 se envió un correo por Roberto Mora a Ricardo Villalobos en el que se expresa⁶⁹:

"Voy saliendo este Lunes a Venezuela y a mediados de dicha semana a Houston. Estoy de regreso a Bogotá entre el 6 al 7 de julio.

"Te adjunto el último documento que revisamos con la incorporación de los comentarios que nos habías hecho.

"Ya remití este documento a la Dra Luz Amparo Briceño, para que le de una última revisión y le haga los ajustes con la incorporación de la cláusula de fiducia.

"A mi entender los próximos pasos de este proyecto serían:

"-Revisión final y firma del documentos una vez se le incorpore la cláusula de fiducia

Responsable Geodinpro – NCT..."(se subraya)

En la misma fecha 25 de junio el señor Roberto Mora le envió un correo a la Doctora Luz Amparo Briceño, con copia a Ricardo Villalobos, Luis Matheus, Fernando Vera y Jorge Nehme en la cual le agradece su tiempo y le manifiesta lo siguiente:

"...

*Me gustaría que me dijeras cuando podemos disponer de la revisión del documento y del ajuste con la incorporación de la cláusula respectiva sobre la fiducia y/o carta de crédito*⁷⁰ (se subraya)

⁶⁸ Ver anexo Nro. 29 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 213 del Cuaderno de Pruebas No 1

⁶⁹ Anexo 30 de la demanda. Folio 214 del Cuaderno de Pruebas No 1

⁷⁰ Ver anexo Nro, 31 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 215 del Cuaderno de Pruebas No 1

El 26 de julio de 2006 se envió por Roberto Mora a Ricardo Villalobos, con copia a Luis Matheus y Fernando Vera, un correo en el cual se expresa⁷¹:

"Ricardo te remito la última versión del acuerdo por AZAR. Tiene incluida la cláusula de fiducia redactada por la Dra Luz Amparo Briceño y de una vez incluimos el vehículo con el cual solicitaremos la cesión ante la ANH y el cual proveerá la fiducia y las garantías y además la curva que tu sugieres."

El 26 de julio de 2006 el señor Ricardo Villalobos le manifestó a Roberto Mora, con copia a Luis Matheus y Fernando Vera⁷²:

"1. Respecto del documento creo que debemos reunirnos para discutirlo. Coincidimos con lo expresado por la abogada de ustedes, realmente hay varias ambigüedades, creo que lo mejor para las partes es que no se preste a ninguna malinterpretación. Si vienes la semana entrante, dime, por favor, que día para dedicarlo a ustedes.

"2. No sería tal vez mejor dejar la gravedad API en números enteros? Por ejemplo 5 API, 95% y 5% y así sucesivamente..."(se subraya)

El doctor Roberto Mora le contestó a Ricardo Villalobos por correo del 28 de julio de 2006 lo siguiente⁷³:

"Excelente Ricardo, yo estaré en Bogotá el Lunes 31 en la noche. Tengo una reunión el Martes 1 en la mañana pero nos podemos reunir en la tarde del martes 1er a la hora que tu indiques"

Del recuento que se ha hecho deduce el Tribunal que efectivamente se terminó el due diligence del bloque Azar, pero NTC no manifestó su voluntad en el sentido de aceptar participar en el proyecto en los términos del Acuerdo, sino que se inició un proceso de negociación entre las partes, del cual dan fe los correos y

⁷¹ Anexo 32 de la demanda Folio 216 del Cuaderno de Pruebas No 1

⁷² Anexo 28 de la demanda. Folio 211 del Cuaderno de Pruebas No 1

⁷³ Anexo 28 de la demanda. Folio 211 del Cuaderno de Pruebas No 1

declaraciones que obran en el proceso. Este proceso de negociación, que en cierta medida estaba previsto en el acuerdo original, avanzó sustancialmente pero finalmente no condujo a un nuevo Acuerdo.

De esta manera, para el Tribunal es claro que las obligaciones económicas del Contrato, a cargo de NCT no surgieron a la vida jurídica y por lo mismo no se puede afirmar un incumplimiento. Por la misma razón no se puede afirmar que la demandada haya incurrido en mora, por lo que habrá de negarse la pretensión tercera principal.

Sin embargo, como ya se expresó, las obligaciones de confidencialidad y exclusividad no estaban sujetas a dicha eventualidad. Por consiguiente, es necesario establecer si tales obligaciones fueron violadas.

Desde este punto de vista, en cuanto concierne a la obligación de confidencialidad se encuentra que en el parágrafo de la cláusula décima tercera se dispuso: "Se entiende por información confidencial toda aquella información escrita o gráfica, así como la contenida en medios electrónicos o electromagnéticos, entregada, o que sea intercambiada entre las Partes, sus filiales, subsidiarias o empresas inversionistas o que se derive del análisis de información proporcionada por las Partes, que por su naturaleza deba considerarse como confidencial. Dentro de este tipo de información se incluye, de manera enunciativa más no limitativa, información técnica, financiera y comercial relativa a nombres de clientes o socios potenciales, propuestas de negocios, estrategias de negocios, estructura organizacional, estructura accionaria de las sociedades y de las partes integrantes de un grupo corporativo, los reportes, planes, proyecciones de mercado, datos y cualquier otra información industrial, junto con fórmulas, mecanismos, patrones, métodos, técnicas, procesos de análisis, marcas registradas o no registradas, nombres o avisos comerciales, documentos de trabajo, compilaciones, comparaciones, estudios o cualquier otro u otros documentos preparados y conservados con carácter confidencial por las Partes, sus subsidiarias, o empresas del grupo de inversionistas."

Desde este punto de vista encuentra el Tribunal acreditado que Geoadinpro entregó información a NCT. Dicha información debe considerarse confidencial en los términos de la cláusula contractual. Ahora bien, consta en el expediente que dicha información fue usada por NCT para presentar una solicitud ante la ANH a nombre de NCT.

A este respecto, el señor Manuel Treviño confesó en el interrogatorio de parte⁷⁴, lo siguiente:

"DR. PALACIO: Es cierto si o no que la empresa que usted representa el día 14 de agosto de 2006, en la solicitud que le formuló a la ANH, utilizó la misma información técnica que le había compartido Geoadinpro"

"SR. TREVIÑO: Sí".

De esta manera está acreditada la violación de la cláusula de confidencialidad del Contrato.

De otra parte, en cuanto se refiere a la exclusividad, debe recordarse que la cláusula décima cuarta del Contrato dispone:

"DECIMO CUARTO.- EXCLUSIVIDAD: Ninguna de las Partes podrá desarrollar por su cuenta ninguna gestión ó negocio que aproveche información comercial ó técnica compartida, ni por si sola ó mediante alguna de sus compañías filiales, afiliadas o relacionadas. Si una de las Partes decide no seguir con el acuerdo para ejecutar la oportunidad de negocio, la otra Parte tendrá el derecho de ejecutarla a su solo riesgo y cuenta."

Es claro que la solicitud presentada por NCT ante la ANH en su propio nombre constituye una violación a esta estipulación.

⁷⁴ Folios 178-198 del Cuaderno de Pruebas No 6

Ahora, para explicar su conducta el señor Treviño manifestó:

"SR. TREVIÑO: No era necesario y además hubiera sido incongruente, si Geoadinpro pierde acá, como va a otorgar la ANH a Geoadinpro al trabajo, la intención de esto fue única y exclusivamente buscar una opción para el supuesto de que la ANH le quitara la opción de negocio a Geoadinpro, la solicitud la hizo NCT y se le dijo a Geoadinpro y también a Energy categóricamente que esto no cambiaba en absoluto los términos negociados y que era simplemente un acto completo de reciprocidad, no busquen más nada ahí, no hay más nada ahí, pero contestaré todas las preguntas que tenga doctor.

"...

"SR. TREVIÑO: Con todo gusto me encantaría explicar el antecedente y repito lo de la solicitud a la ANH, la solicitud de la ANH como he dicho anteriormente fue hecho con un elemento de contingencia para cubrir un eventual riesgo que aunque menor era catastrófico, la probabilidad de ocurrencia, sabemos era poca, pero la consecuencia era mayor, ante ese riesgo decidí después de conversar con Luis y con Ricardo y ofrecerles que desde ningún punto de vista esto iba hacer materia de renegociación sino que era parte y parte las mismas condiciones simplemente para el supuesto negado que llegado el dead line ante la ANH nos fueran a tumbar, esa es la única motivación que hay con esa solicitud. Ahora, la parte económica sí es importante, el prospecto si me permite puedo volver a analizar".
(Subrayado fuera de texto)

Vale la pena señalar que hay discusión entre las partes si Geoadinpro fue consultado para presentar la solicitud. Mientras que el señor Villalobos sostiene que no fue consultado, el doctor Treviño sostiene que si lo hizo.

En todo caso observa el Tribunal que de la declaración de Jorge Nehme se desprende que dicha consulta, si existió, no fue previa sino posterior. En efecto en su declaración⁷⁵ expresó:

"DR. LOZANO: Finalmente, le informo que en ninguna de las diligencias efectuadas el miércoles pasado, se manifestó que el doctor Manuel Treviño había llamado al doctor Villalobos con el fin de informarle que NCT Estudios y Proyectos había presentado o aplicado un contrato denominado "NCT" que pertenecía a la misma área hoy denominada "Azar", a usted le consta si esta llamada telefónica existió.

SR. NEHME. Sí, si me consta yo estaba presente cuando el señor Treviño llamó al señor Villalobos para informarle que fue solicitada el área" (se subraya)

"...

"DR. LOZANO: A usted le consta si el doctor Manuel Treviño llamó a alguna otra persona a contarle sobre este hecho?

"SR. NEHME: Si, llamó al señor Luis Mateus.

*SR. NEHME: **Sí.***

"...

"DR. CÁRDENAS: Una pregunta si me permite, esta llamada es cuánto tiempo después de haberse presentado la solicitud?, al día siguiente, el mismo día, semanas después?

SR. NEHME: No fueron varios días después, fue muy cercano a la presentación de la. Solicitud, dos días, tres días, no recuerdo"

⁷⁵ Folios 257 a 282 del Cuaderno de Pruebas No 6

Adicionalmente el señor Roberto Mora manifestó en su diligencia de interrogatorio de parte⁷⁶ lo siguiente:

"DR. PALACIO: Usted, cuando conoció que NCT Estudios y Proyectos, solicito el Bloque y si fue contactado por NCT Estudios y Proyectos, para esa toma de decisión?"

SR. MORA: Yo creo que eso

DR. GARRIDO: Sí básicamente la dividimos por favor, son dos preguntas

DR. PALACIO: ¿Cuándo se entero usted que NCT Estudios y Proyectos solicitó el bloque?"

SR. MORA. Con la demanda de

DR. PALACIO: La otra pregunta era, si no fue consultado nunca por parte de NCT Estudios y Proyectos?

SR. MORA: No fuimos consultados.

"...

"DR. PALACIO. Cuándo conoció usted, si también fue con la demanda, el hecho de que NCT Energy, NCT Estudios y Proyectos incluyera a NCT Energy Group y a funcionarios de NCT Energy Group, en la solicitud elevada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos para acceder al Bloque Azar

"DR. MORA. Hoy 24 de octubre, a la 1:05 p.m. con su información". (Se subraya)

De lo anterior deduce el Tribunal que no está acreditado que Geoadinpro haya sido consultado previamente a la solicitud.

Así las cosas, encuentra el Tribunal probado el incumplimiento de estas obligaciones y en este sentido prospera parcialmente la pretensión tercera principal. Vale la pena agregar que tratándose de la violación de obligaciones de

⁷⁶ Folios 163 a 177 del Cuaderno de Pruebas No 6

no hacer no procede la declaratoria de mora, pues técnicamente ella se predica de las obligaciones de hacer o dar, pues en las de no hacer el deudor debe perjuicios desde el momento de la infracción (artículo 1615 del Código Civil)

Ahora bien, no se encuentra acreditado que estos hechos le hayan causado perjuicio a Geoadinpro, pues de una parte, la divulgación de la información no la afectó y, de otro lado, la solicitud de NCT fue rechazada por la ANH y de hecho Geoadinpro conservó sus derechos sobre el Bloque Azar. Por lo anterior se negará la pretensión de condena al pago de perjuicios en relación con este incumplimiento.

Finalmente, debe observar el Tribunal que en la pretensión se solicitó también que como consecuencia del incumplimiento se declarara la resolución del contrato. Desde este punto de vista se observa que el contrato de opción por regla general es unilateral, a menos que se haya pactado una contraprestación por el otorgamiento de la opción. Desde esta perspectiva es claro que no procede la petición de resolución.

8. EL COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL

En la pretensión cuarta principal de la demanda se solicitó que “como consecuencia de la declaración de incumplimiento sin justa causa, se condene a **“LA DEMANDADA”** de manera solidaria al pago de la cláusula penal pecuniaria de conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de exploración y producción del bloque “Azar”.”

Sobre este punto observa el Tribunal:

La cláusula cuarta (4) del “ACUERDO PARA EL CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DEL BLOQUE AZAR” establece que *“Si NCT decide participar en el contrato E&P del Bloque Azar, una vez concluido el Due Diligence, y no cumpliera con las responsabilidades del artículo SEXTO del presente documento, pagará a Geoadinpro la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América*

(U\$500,000), a título de indemnización única por los perjuicios causados por su incumplimiento. Esta penalidad quedará sin efecto en los supuestos de que NCT no cumpla con sus responsabilidades por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos irresistibles de terceros, incluyendo actos terroristas o de guerrilla, en cuyo caso NCT podrá retirarse del proyecto, sin que nada adeuda a GEOADINPRO”.

Del estudio y examen integral de la citada cláusula claramente se puede apreciar que las partes establecieron tres (3) condiciones que deberían concurrir para que la cláusula penal fuese exigible por Geoadinpro a NCT. Dichas condiciones eran las siguientes:

1. Que el Due Diligence fuera satisfactorio.
2. Que NCT haya expresado su voluntad de participar con Geoadinpro en el contrato de E&P del Bloque Azar.
3. Que NCT, una vez decidiera participar con Geoadinpro en el contrato de E&P del Bloque Azar, incumpliera alguna de las obligaciones establecidas en la cláusula sexto (6) del acuerdo.

Conforme a lo anterior, considera el Tribunal que la intención de las partes fue pactar la citada cláusula penal con el propósito de hacerse efectiva únicamente en el evento en que NCT y Geoadinpro entrasen a participar conjuntamente en el Contrato de E&P del Bloque Azar y por tanto, limitaron la procedencia de la cláusula penal cuando ocurriera incumplimiento a las obligaciones establecidas en la cláusula sexto (6), que se mencionan a continuación:

1. Realizar el 100% de la inversión para el cumplimiento de las obligaciones mínimas asumidas con la ANH en el contrato de E&P del Bloque Azar.
2. En caso que NCT fuese el Operador del contrato, estaba obligado a someter anualmente ante el Comité Ejecutivo el presupuesto para su aprobación,

teniendo un margen de flexibilidad de hasta un 5% sobre el presupuesto aprobado únicamente.

3. El monto inicial de inversión que debía desembolsar NCT era como máximo USD\$2.200.000,00.
4. Para todos los efectos del Acuerdo, se entendió por inversión los costos y gastos efectuados para la reparación de pozos, para perforación de pozos exploratorios, de avanzada o de desarrollo, así como el pago de los costos y gastos asociados a la sísmica inicial.
5. Conseguir y pagar una fianza de una compañía de seguros o del colateral requerido por un banco aceptado por la ANH, para emitir a favor de la ANH una carta de crédito irrevocable de garantía para garantizar el programa mínimo de inversión.
6. En caso de resultar comercialmente productor el Pozo Palmera 1 (o cualquier otro pozo), NCT estaba obligado a seguir un orden estricto de repartición de ingresos conforme lo dispuesto en el artículo.
7. En caso de que el Pozo Palmera 1 (o cualquier otro pozo) no resultase productor, NCT debía continuar con la ejecución de la actividad exploratoria relacionada con la actividad mínima comprometida relacionada con la sísmica inicial y la perforación del pozo exploratorio que las partes decidieran realizar, de conformidad con los resultados de la sísmica inicial levantada e interpretada del área. En este evento, NCT tenía derecho a la producción total del pozo que resultase productor hasta tanto recuperara su inversión, junto con los intereses del financiamiento de tal inversión y los costos y gastos realizados calculados a la tasa LIBOR tres meses mas 1%, o lo que realmente reflejaran sus libros según estados auditados, desde el día del desembolso hasta el día del pago definitivo.

8. Luego de la recuperación de la inversión, NCT tenía la obligación de distribuir los ingresos provenientes de la producción del pozo que resultase productor en la proporción establecida por las partes en el acuerdo, previo pago de la operación y mantenimiento del área y la constitución del fondo de reserva de dos meses de operación y mantenimiento.

La razón por la cual las partes restringieron la aplicación de la cláusula penal al incumplimiento de las obligaciones relacionadas anteriormente, obedeció a que condicionaron la aplicación de la cláusula cuarta a la aceptación de NCT para entrar en el negocio, previa satisfacción del Due Diligence.

Tan evidente es que la intención de las partes fue la sujeción de la cláusula penal al incumplimiento por parte de NCT de las obligaciones establecidas en la cláusula sexta del Acuerdo, previa aceptación de NCT para entrar en el negocio, que en el borrador de acuerdo que las partes estaban negociando con posterioridad a la finalización del Due Diligence y del cual obran varias copias en el expediente, claramente denotan el avance de la negociación entre las partes y en particular un borrador que envía el señor Jorge Nehme a Manuel Treviño, Leonardo Villarroel y Fernando Puig el 26 de mayo de 2006, en donde se prevé lo siguiente⁷⁷:

"CLÁUSULA CUARTA. RESPONSABILIDAD. Si NCT no cumpliera con las responsabilidades del artículo SEXTO del presente documento, pagará a Geoadinpro la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 500.000), a título de indemnización única por los perjuicios causados por su incumplimiento. Esta penalidad quedará sin efecto en los supuestos de que NCT no cumpla con sus responsabilidades por circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos irresistibles de terceros, incluyendo actos terroristas o de guerrilla, en cuyo caso NCT podrá retirarse del proyecto, sin que nada adeude a GEOADINPRO. Igualmente, esta penalidad quedará sin efecto si NCT no participa porque la ANH no permita la suscripción del contrato conjuntamente por Geoadinpro y NCT"
(Subrayas fuera de texto)

⁷⁷ Folios No. 261 a 272 del Cuaderno Principal.

De lo anterior se concluye que la voluntad de las partes fue pactar una cláusula penal, única y exclusivamente para el evento de incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de E&P del Bloque Azar, una vez NCT decidiera entrar en el negocio y la ANH aceptara la participación de NCT en tal contrato.

Es por ello, que este Tribunal considera que la aplicación de la cláusula penal establecida en la cláusula cuarta del acuerdo no puede ser extensiva al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas por las partes en tal acuerdo, sino únicamente para aquellas a las que hace referencia la cláusula sexta del acuerdo en comento, las cuales nunca fueron incumplidas por NCT, por cuanto que ésta finalmente no entró a participar en el contrato de E&P del Bloque Azar.

Por lo anterior no prospera la pretensión cuarta principal.

9. EL ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Observa el Tribunal que al haber prosperado la pretensión primera principal, así como parcialmente la pretensión segunda principal, y no haber prosperado las pretensiones tercera y cuarta principal no hay lugar a estudiar en detalle las pretensiones subsidiarias de idéntico contenido.

Por lo anterior entrará a estudiar el Tribunal aquellas pretensiones subsidiarias que no corresponden al texto de las pretensiones principales analizadas.

Desde esta perspectiva se observa que la pretensión quinta de la primera pretensión arbitral subsidiaria y de la segunda pretensión arbitral subsidiaria es consecuencial a la condena del pago de la cláusula penal, por lo cual la misma no puede prosperar.

9.1. La conducta abusiva

En relación con la PRIMERA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, se solicita por Geoadinpro que se DECLARE por parte del Tribunal de Arbitramento que NCT abusó del derecho en la etapa precontractual, contractual y postcontractual del contrato suscrito entre las partes el 28 de marzo de 2006.

Para configurar la existencia del abuso del derecho, nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado que *"incumbe al actor, en el proceso civil de responsabilidad por tal denuncia, la carga de probar las circunstancias constitutivas de la culpa del denunciante, y al sentenciador deducir su existencia a través de los elementos de convicción aportados al proceso"*⁷⁸.

En relación con el abuso del derecho, este Tribunal considera que del acervo probatorio se desprende claramente su existencia por parte de NCT en dos hechos particulares y específicos que se mencionan a continuación:

(i) El envío por parte de NCT a Geoadinpro de la comunicación del 16 de agosto de 2006, *".....remitida por "LA DEMANDADA" por medio de la cual informa - de manera injusta y unilateral – que no continuará participando en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar..."*.

Las razones y motivos para considerar la existencia de abuso del derecho en este caso en particular serán expuestas y desarrolladas por parte de este Tribunal al resolver la pretensión sexta de este capítulo.

(ii) Las motivaciones y explicaciones esgrimidas por NCT a Geoadinpro para *"no continuar participando en el contrato de explotación y producción del bloque denominado "Azar"*, referidas al tema de la fiducia, lo que se analizará más adelante.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de noviembre de 1996, M.P. Ernesto Cediell, CXXXII, 157 a 180.

En relación con la SEGUNDA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, la convocante pretende la nulidad de varias estipulaciones contractuales contenidas en las cláusulas primera, segunda y décimo novena del contrato, por cuanto ellas son abusivas y dependen de la mera voluntad de NCT, en contravía de lo dispuesto por el artículo 1535 del C.Civil.

Este Tribunal explicó las razones y motivos para descartar la nulidad de las mismas y la calificación de abusivas, todo lo cual conduce a declarar impróspera esta pretensión.

En relación con la TERCERA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, la parte convocante pretende que se declare que la estipulación referente a que *"En ningún caso ninguna de las Partes será responsable frente a la otra Parte, por cualquier daño ó pérdida indirecta, incidental o consecuencial, o lucro cesante que pudiere surgir por el desarrollo o no desarrollo de las actividades descritas en este acuerdo"* (Cláusula Cuarta del Contrato), por considerar que implica la condonación de dolo futuro.

Respecto de esta pretensión, igualmente el Tribunal desestimó la petición de nulidad de la estipulación contenida en esta cláusula, por tal razón no prospera esta pretensión.

En relación con la CUARTA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, la convocante solicita declarar que las obligaciones contenidas en las cláusulas sexta y octava del contrato son abusivas, por cuanto desconocen los porcentajes de participación definidos en la cláusula quinta del contrato, toda vez que por esta vía, el despojo de la participación para Geoadinpro puede ser total o en el mejor de los casos, equivaldría tan sólo al 20% de las utilidades.

Del examen de las citadas cláusulas del contrato respecto de las cuales la convocante considera que se trata de obligaciones abusivas y del acervo probatorio recaudado en este trámite arbitral, se desprende claramente que las estipulaciones allí contenidas fueron libremente negociadas y aceptadas por

Geoadinpro y NCT, quienes se encontraban en igualdad de condiciones. Se trata de profesionales del sector de hidrocarburos y no estaban sujetos a "asimetría contractual" alguna, ya que cada uno, en el momento de suscribir el contrato, gozaba de un idéntico poder contractual, lo que impide la utilización de criterios de interpretación favorables a una de las partes, en consideración a la existencia de un menor poder contractual.

Vale la pena mencionar la distinción efectuada por Le Tourneau para identificar el profesional del profano cuando expresa que: "*Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas*"⁷⁹.

Geoadinpro no demostró en el proceso ser un pobre profano, adquirente de un servicio o producto por parte de NCT, sino por el contrario, todo un profesional en su técnica y por tal razón, no encuentra el Tribunal la configuración de un desequilibrio contractual que implique interpretar ninguna cláusula del contrato a favor de la convocante.

Como en el caso que nos ocupa no existió desequilibrio del poder contractual de las partes, y por el contrario el contrato fue negociado por ellas en condiciones de libertad e igualdad, no es posible considerar abusivas las cláusulas sexta y octava del contrato.

En virtud de lo anterior, este tribunal desestimaré esta pretensión.

En relación con la QUINTA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, la convocante solicita se declare que la solicitud presentada por NCT a la ANH sobre el mismo bloque "Azar" es un acto abusivo. Este Tribunal se refirió ampliamente sobre los deberes de confidencialidad y exclusividad a los que se obligó NCT en virtud del contrato suscrito con Geoadinpro.

⁷⁹ P. Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Chronique XIX, Dalloz Sirey, 1987, p. 101.

La cláusula décima tercera del contrato implicaba la obligación para las partes de no utilizar la información revelada en virtud de tal contrato para fines distintos de los allí previstos. La cláusula décimo cuarta del contrato, de manera clara e inequívoca prohibió a NCT desarrollar por su cuenta alguna gestión ó negocio que implicara el aprovechamiento de información comercial ó técnica compartida mientras el contrato estuviese vigente.

Estas obligaciones contractuales no dependían de ninguna condición suspensiva para su entrada en vigor y por tanto, NCT estaba obligada a darle estricto cumplimiento durante toda la ejecución del contrato, inclusive antes de que el due diligence resultara satisfactorio o que diera su aquiescencia para entrar a participar en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar" en conjunto con Geoadinpro.

En virtud de lo anterior, es evidente que NCT incumplió el contrato suscrito con Geoadinpro al solicitar ante la ANH el bloque "Azar" sin el consentimiento expreso de la parte convocante, ¿pero constituye dicho incumplimiento contractual un abuso del derecho?.

Para responder la pregunta anterior, es importante tener en cuenta que según una autorizada doctrina el abuso del derecho constituye una fuente de responsabilidad diferente a la derivada del incumplimiento del contrato (contractual) o a aquella derivada de haber causado un daño a otro (extracontractual).

Para el doctrinante Ernesto Rengifo García "*(...) el abuso del derecho es algo más o algo diferente de la responsabilidad contractual y de la extracontractual y, por tanto, debe merecer un tratamiento autónomo e independiente como fuente de obligaciones en la medida en que trasciende los ámbitos o esferas tradicionales de la responsabilidad civil*"⁸⁰. (Subrayas fuera de texto)

⁸⁰ RENGIGO, García Ernesto, "El abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones", artículo incluido en el libro "Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos – Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría", Tomo III, Universidad Externado de Colombia. Pág. 110.

En virtud de lo anterior, la fuente de la responsabilidad por abuso del derecho, no proviene ni del incumplimiento de un contrato, ni de haber causado un daño a otro actuando sin la debida diligencia y cuidado, sino de haber abusado del derecho mediante el uso de un *"derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella"*⁸¹.

En efecto, una cosa es que se actúe sin derecho y se cause un daño y otra distinta es que en principio se tenga un derecho, pero al ejercerlo se actúe abusivamente causando un daño. Si bien una vez establecido el abuso del derecho habrá lugar a responsabilidad extracontractual o contractual, según el caso, es claro que si se acredita que el actuar es ilegal o que se incumplió una obligación contractual, se actuó sin derecho y por ello no procede analizar el abuso del derecho.

Así las cosas, al encontrar éste Tribunal probado el incumplimiento por parte de NCT de las cláusulas décimo tercera y décimo cuarta del Contrato, con la solicitud del Bloque Azar a la ANH; no puede declarar la concurrencia del abuso del derecho en la misma actuación, por ser la declaratoria de incumplimiento y la declaratoria de abuso del derecho excluyentes entre sí, cuando se predicen de los mismos hechos.

Conforme a lo anterior, esta pretensión no está llamada a prosperar.

En relación con la SEXTA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, la convocante solicita que se declare que la comunicación del 16 de agosto de 2006 remitida por la demandada sobre su decisión de no continuar participando en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", constituye un acto abusivo. Para estos efectos, es menester hacer los siguientes pronunciamientos:

Encuentra el Tribunal que NCT Energy Group terminó la negociación en forma abrupta sin observar los deberes de buena fe a los que está obligado como comerciante, en la medida en que adujo no entrar en el negocio con Geoadinpro

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de abril de 1942, M.P.: Ricardo Hinestrosa

por ser la fiducia una obligación onerosa en exceso con la que no contaba desde el inicio de las negociaciones.

Para terminar las negociaciones, NCT Energy Group envió a Geoadinpro una comunicación el 16 de agosto de 2006 en la que manifestó lo siguiente:

"Estimados señores

Nos dirigimos a ustedes con el propósito de informarle que una vez analizado toda la información financiera y técnica del proyecto en referencia consideramos que el due diligence realizado al campo no resulta satisfactorio para los intereses de mi representada, en especial luego de haber sometido el referido estudio a un proceso de reevaluación para reconsiderar la inclusión de la fiducia mercantil requerida por la ANH

Dicha fiducia, requerida para garantizar los desembolsos del programa Exploratorio de la Fase 1 establecida en el Contrato de Exploración y Explotación, constituye un elemento nuevo en el proceso de negociación llevado a cabo entre las partes involucradas en este Proyecto, no previsto en nuestro acuerdo inicial, que hace mas oneroso el Proyecto, y disminuye la prospectividad económica del mismo.

Por las razones antes expuestas, le informamos que NCT Energy Group C.A. se ve en la imposibilidad de poder participar en el Proyecto Azar.

Rogamos a usted nos excuse de participar en este Proyecto, y lamentamos las molestias que esta decisión pueda ocasionar a su representada⁸². (Se subraya)

De las pruebas recaudadas el Tribunal observa que las partes prácticamente habían llegado a un acuerdo sobre las nuevas condiciones del contrato, en donde claramente se encontraba plasmada la inclusión de la fiducia, las cuales habrían de quedar reflejadas en el documento elaborado por la doctora Luz Amparo

Daza, LIII, 300. Pág. 104

Briceño al que hace referencia la comunicación de fecha 13 de septiembre de 2007 enviada por la citada abogada, que reposa a folio 91 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Por otra parte, desde abril de 2006 NTC conocía la exigencia de la ANH de otorgar una fiducia que garantizara el pago de las obligaciones de la primera fase por un valor aproximado de USD\$500.000.00. En efecto, la comunicación electrónica del 5 de abril de 2006 remitida por Geoadinpro a ROBERTO MORA con copia a LUIS MATHEUS, MANUEL TREVIÑO, LEONARDO VILLAROEL prevé lo siguiente:

"Manuel/Luis/ Roberto:

Buenas noticias: La ANH acepto las obligaciones que les propusimos el pasado viernes, las cuales les adjunto. Así las cosas (esperando el Due Diligence sea positivo y Repsol y Ecopetrol no apliquen) la semana del 8 de mayo debemos estar constituyendo la fiducia mercantil (eso es lo que van a pedir por el pequeño tamaño de la empresa) garantizando las obligaciones contractuales⁸³

En comunicación electrónica del 20 de abril de 2006 remitida por Geoadinpro a MANUEL TREVIÑO, ROBERTO MORA, LUIS MATHEUS y LEONARDO VILLAROEL, se expreso lo siguiente⁸⁴:

"Manuel

"Al futuro mas inmediato preveríamos:

"La compra de la información a la ANH. Unos US\$8.000

"La constitución de la fiducia mercantil. Unos US\$600.000

"El reprocesamiento de los 50Km, aunque yo sería partidario de hacer los 100 de una vez. De US\$60.000 a US\$120,000

⁸² Ver anexo No. 38 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 225 del Cuaderno de Pruebas No.1.

⁸³ Ver Anexo No. 19 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 200 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁸⁴ Ver anexo No. 24 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folios 205-206 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Iniciar labores ambientales, incluidas la consulta a las comunidades indígenas. DE US\$20.000 a US\$30.000

Adicionalmente, la fiducia fue tema de análisis con la doctora Briceño, quien en su declaración expresó:

"SRA, BRICEÑO: retomo lo que dije, básicamente el señor Roberto Mora me solicitó una cita en mi oficina, me advirtió que iba a ser en compañía del señor Ricardo Villalobos porque querían saber como funcionaba el tema de la fiducia mercantil que la ANH exige para la firma de contratos de exploración y explotación, efectivamente tanto el señor Roberto Mora como el señor Ricardo Villalobos estuvieron en mi oficina, yo estimo que eso fue a finales del mes de junio del año 2006, y me comentaron que ellos estaban haciendo una negociación en la que Geoadinpro iba a solicitar a nombre propio un bloque a la Agencia Nacional de Hidrocarburos para explorar y explotar de llegar a ser el caso, petróleo o gas en un área determinada que se llamaba el bloque Azar, el comentario que yo recibí sobre el tema o lo puntual que ellos me vinieron a preguntar fue que en que consistía o como se manejaba el tema de la fiducia de administración y pagos que exigía la ANH antes de la firma del contrato para poder validar la firma de este tipo de documentos, entonces yo les explique a ellos en que consistía la fiducia, les dije de que se trataba, como funcionaba legalmente una fiducia en administración y pagos, noté que de pronto ambos estaban en algún tipo de confusión la podría llamar si sobre el tema de la garantía bancaria o la carta de crédito Stan by que también exige la ANH para garantizar las obligaciones del contrato, entonces creo que fui clara en comentarles que se trataba de dos garantías diferentes, que la fiducia implicaba la constitución de un patrimonio autónomo en el que había que hacer un depósito del total del valor de la primera fase del período de exploración de ese contrato, y que ese dinero había que manejarlo, y había que colocarlo en un patrimonio autónomo que manejaría la fiducia, tuvimos esa conversación todo estuvo en unos términos supremamente cordiales, ellos como entendiendo el tema y les recomendé que si iban a hacer ese tipo de figura para conocer la parte operativa de la

fiducia contactaran entidades fiduciarias para que les explicaran ese tema, ese tema en específico es como funciona operativamente una fiducia, entonces me pidieron el favor de que si yo les podía, debería ser como en el tema de lo que me solicitaron tanto Ricardo como Roberto en ese momento fue que si yo les podía hacer contactos con entidades fiduciarias que yo conociera para que les explicara la parte operativa del negocio, y también finalmente lo que me dijeron fue que a ellos les gustaría producir una modificación en el negocio que ya tenían planteado, para que quedara constando como parte de ese contrato que habían celebrado una cláusula específica de esa fiducia como obligación adicional de NCT Energy Group dentro de la demás obligaciones que había adquirido con Geoadinpro, porque no estaba regulada, hacia falta eso al ser un elemento que ellos estaban manejando hasta esos días, entonces esto fue más o menos como dije en junio, Roberto me llama después y me dice que ellos me van. (...) hice la cita, llamé a Roberto, llamé a Ricardo y concertamos una cita con la fiduciaria, fuimos a la fiduciaria, yo pienso que esto fue en los últimos días de julio, los primeros días de agosto Roberto Mora, Ricardo Villalobos y yo estuvimos en la fiduciaria, nos entrevistamos con Miryam Balmaceda y su jefe que la verdad yo no recuerdo el nombre de la persona en este momento ellas explicaron muy bien como era el tema fiduciario, como era la parte operativa, se hicieron preguntas, Roberto hizo preguntas, Ricardo hizo preguntas, salimos de ahí con la manifestación de que lo más relevante que había ocurrido en la reunión era la ratificación de algo que yo les había dicho un mes atrás, y era que para esa fiducia y para la constitución del patrimonio autónomo había que colocar contante y sonante el dinero en la cuenta que abriera la fiduciaria a ese patrimonio autónomo y que eso tenía que ser antes de la firma del contrato con la ANH o en el plazo que la ANH fijara cuando entregara la carta en la que comunicara a Geoadinpro que le estaba adjudicando el contrato o que el Consejo Directivo de la ANH había aprobado la contratación más exactamente”

En comunicación electrónica del 23 de junio de 2006 remitida por ROBERTO MORA a LUZ AMPARO BRICEÑO, FERNANDO VERA, JORGE NEHME y GEOADINPRO, se expresa lo siguiente:

"Luz Amparo, te remito el documento que tenemos hasta ahora con las últimas observaciones de las partes (falta la revisión final) preparado a la fecha para la relación con el campo Azar.

"De acuerdo con lo conversado ayer, te agradezco una revisión general del documento, visualizar si el tipo de documento es el correcto para el tipo de acuerdo, y además incorporarle lo de la cláusula fiduciaria y la carta de crédito. Mucho agradecería si consideras lo del evento que no nos acepte la ANH y tenemos la fiducia en el campo y chequear si el documento deja claro la relación en este caso"⁸⁵.

En comunicación electrónica del 25 de junio de 2006 remitida por ROBERTO MORA a GEOADINPRO en la cual textualmente se dice:

"...

"Te adjunto el último documento que revisamos con la incorporación de los comentarios que nos habías hecho.

Yo remití este documento a la Dra. Luz Amparo Briceño, para que le de una última revisión y le haga los ajustes con la incorporación de la cláusula de fiducia.

A mi entender los próximos pasos de este proyecto serían:

**Revisión final y firma del documento una vez se le incorpore la cláusula de la fiducia*

Responsable Geoadinpro – NCT

**..*

** Esperar la asignación del proyecto a Geoadinpro por ANH*

⁸⁵ Ver anexo No. 29 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 213 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Responsable: Geoadinpro⁸⁶.

En comunicación electrónica remitida por ROBERTO MORA a GEOADINPRO, LUIS MATHEUS y FERNANDO VERA el 26 de julio de 2006, se indica:

"Ricardo, te remito la última versión del acuerdo Azar. Tiene incluida la cláusula de la fiducia redactada por la Dra. Luz Amparo Briceño y de una vez incluimos el vehículo con el cual solicitaremos la cesión ante la ANH y el cual proveerá la fiducia y las garantías y además la curva que sugeriste⁸⁷

En comunicación de la misma fecha GEOADINPRO le envió a ROBERTO MORA, LUIS METHEUS y FERNANDO VERA un correo electrónico en el cual se expresa:

"...

3. Ya recibimos la carta de la Agencia. Te copio textualmente lo relacionado con las garantías: "Es de precisar que de manera previa a la suscripción del Contrato, Geoadinpro Ltda. deberá constituir una fiducia mercantil con destinación específica y con carácter irrevocable, que asegure la existencia de los recursos necesarios para el desarrollo de la primera fase del contrato, la cual debe ser previamente revisada y aprobada por la Oficina Asesora Jurídica de la ANH; fiducia mercantil que igualmente será exigida para el inicio de cada una de las siguientes fases". El resalto es mío. Si la fiducia debe ser previa a la suscripción del contrato pienso que tenemos como hasta el 15 de agosto para su constitución⁸⁸

En comunicación electrónica de fecha 27 de julio de 2006 remitida por GEOADINPRO a ROBERTO MORA, LUIS MATHEUS y FERNANDO VERA se indica:

"Roberto

⁸⁶ Ver Anexo No. 30 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 214 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁸⁷ Ver Anexos Nos. 28 y 32 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folios 211-212 y 216 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁸⁸ Ver Anexos Nos. 28 y 33 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folios 211-212 y 217 del Cuaderno de Pruebas No. 1

En mi email de ayer olvide comentarte, que aunque la carta de la ANH no lo pide, el contrato si. También hay que constituir una carta de crédito por el 10% del valor de los compromisos obligatorios del primer año, no menor a US\$100.000 ese es nuestro caso.⁸⁹

A lo anterior, contestó el señor MORA:

"Si Ricardo ya lo habíamos previsto porque tu lo habías comentado"⁹⁰

Mediante comunicación electrónica de agosto 08 de 2006⁹¹, remitida por FERNANDO VERA a LUZ AMPARO BRICEÑO, GEOADINPRO, FIDUBOGOTA y ROBERTO MORA se expresó:

"Estimados señores:

Hay un aspecto que me preocupa enormemente y es la estructura del negocio que se esta proponiendo. De la reunión que tuvimos con Fiducia Popular, percibí que ellos entienden perfectamente como se quiere estructurar el negocio, además de tener experiencia en su montaje. Hay que preguntar a FiduBogotá si ellos entienden la estructura que se quiere montar. Yo preferiría pagar un poco más pero tener una estructura que vuele desde el punto de vista contractual y legal".

De todo lo anteriormente expuesto claramente se desprende que NCT conocía desde el mes de abril de 2006 que estaba obligado a constituir una fiducia para la suscripción del contrato Azar con la ANH y que dicha fiducia ascendería a la suma de USD\$ 600.000.00. Por tal razón, resulta inentendible que en el mes de agosto del año 2006 NCT pretenda argumentar que no entraría en el negocio porque

⁸⁹ Ver anexo No. 34 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 218 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁰ Ver anexo No. 34 del cuaderno de pruebas acompañado con la demanda. Folio 218 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹¹ Ver anexo No. 37 del cuaderno de pruebas aportado con la demanda. Folios 222-224 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

desconocía el tema de la fiducia y porque dicha constitución le hacía más onerosa su participación en el negocio con Geoadinpro.

Por otro lado, es pertinente advertir que la fiducia exigida por la ANH como garantía para la primera fase del proyecto es una fiducia de pago y por tanto, NCT debía haberlo contemplado dentro de su inversión, pues dicho dinero no se debía dejar inactivo durante toda la ejecución de la Fase1, sino que podía ser utilizado para pagar la primera factura que dicha fase generara. Lo anterior desestima el argumento mediante el cual NCT pretende hacer ver al Tribunal que su modelo financiero se desfigura con la inclusión de la fiducia. Al respecto vale la pena resaltar lo expresado por el señor Ricardo Villalobos en el interrogatorio de parte⁹², en donde afirma lo siguiente:

"DR. PARRA: Muchas gracias doctor. Insisto en mi pregunta, quiero que me haga la diferenciación, entre las obligaciones que contienen en el último párrafo de la garantía bancaria y la obligación adicional de la fiducia que le exigió la ANH, en este párrafo cuando le adjudicó el contrato.

Dice de manera previa la suscripción del contrato de exploración y producción, Geoadinpro Ltda., deberá constituir una fiducia mercantil con destinación específica, y con carácter irrevocable que asegure la existencia de los recursos necesarios para que el contratista desarrolle las actividades previstas en la primera fase del contrato, la cual deberá ser previamente revisada y aprobada por la oficina asesora jurídica de la ANH, fiducia mercantil que igualmente será exigida para el inicio de cada una de las siguientes fases; y viene este párrafo que es importantísimo, que es la base de mi pregunta. Es importante señalar que la constitución de la fiducia es independientemente de la constitución de la garantía prevista en la minuta del contrato, estas a las cuales inicialmente se refirió, mi pregunta es si ésta era distinta o no de las previstas aquí, siendo que se está contenida en una carta que está fechada el 14 de agosto del 2006.

⁹² Folios 141 a 162 del Cuaderno de Pruebas No 6

SR. VILLALOBOS: Creo que estamos bastante enredado con... a ver les explico.

Cuando ellos hablan ahí de que se deben constituir además una carta de crédito de acuerdo al contrato, no se están refiriendo al contrato que firmé con NCT, se están refiriendo al contrato que Geoadinpro firma con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, pero hagamos claridad en la fiducia.

Estos Us2'200.000 que NCT apropió para cumplir con todas las obligaciones mínimas incluyen de lejos la fiducia mercantil, la fiducia mercantil no es un gasto adicional, la fiducia mercantil es un dinero que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, me dice mire, depositen ese dinero por qué, por muchas razones.

No ha sido siempre, pero permítame la expresión colegial a Ecopetrol le han hecho conejo y le hicieron conejo, entonces llegaban las compañías, se comprometían con Ecopetrol y le decían, nosotros vamos a hacer tal sísmica, nosotros vamos a perforar un pozo, y dentro de nuestro medio cuando una compañía operadora contrata a una compañía de servicios, servicios llamamos, a las que les prestan trabajos a las compañías operadoras, pues uno dice, que rico me gané un contrato muy bueno, estos señores hacían el trabajo y algunas compañías no puedo decir todas, le incumplieron a Ecopetrol. Y Ecopetrol después se metió en un lío jurídico porque tenía que responderle a los contratistas y decían Ecopetrol tiene que ser solidario porque es un contrato firmado entre la compañía multinacional X y Ecopetrol.

Entonces señores de Ecopetrol la compañía X no le cumplió hágame el favor y usted me paga la plata, porque perforé un pozo para estos señores y costó tanto millones de dólares, hágame el favor y me pagan; para evitar esto y la ANH con el aprendizaje de Ecopetrol entonces dijo, voy a exigir la constitución de una fiducia mercantil, no es un dinero extra, no es un dinero que va para la agencia, ni es un dinero que va para quien firme el contrato, es únicamente un dinero para asegurar que voy a cumplir con mis

obligaciones contractuales, es un dinero para pagar las facturas, para pagar las facturas, para eso es ese dinero.

Acometo una actividad y de dónde le pago a esa empresa del dinero que coloqué en el banco, ese dinero como lo coloqué es un dinero que físicamente existe, lo saco del banco y pago las facturas. Para eso es la fiducia mercantil, la fiducia mercantil no es un dinero, ah es que son dos millones doscientos más cinco millones setecientos no, la fiducia mercantil hace parte de estos dos millones doscientos, la fiducia mercantil hace parte de las obligaciones mínimas con las que me comprometí con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Es más, puedo disponer de esa fiducia y puedo pasar ese dinero si es mi interés no tenerlo ahí a la mayor celebridad posible, caso actual coloco Us570.000 en la fiducia mercantil, a los señores de NCT lo que más les interesa según lo que ellos me han contado o lo que hablé con ellos durante mucho tiempo, es hacer una intervención inmediata del pozo palmera uno, la intervención de ese pozo palmera uno vale como unos Us900.000, apenas le di Us570.000 a la fiducia mercantil, si tengo mucho afán de recuperar mi plata, coloco hoy el dinero en la fiducia mañana firmo el contrato, pasado mañana intervengo el pozo, saco los Us570.000 de la fiducia, le pago al contratista y como con eso no me alcanza, le pago el excedente. Que por qué voy a invertir las obligaciones? La Agencia me permite hacerlo de hecho en ese contrato, en este contrato nosotros ya cambiamos las obligaciones contractuales lo puedo demostrar si ustedes quieren, en este contrato ya cambiamos las obligaciones contractuales, a la Agencia le interesa tener petróleo, si le digo a la Agencia mire señores en lugar de hacer una sísmica ahorita voy es a perforar un pozo, hombre bienvenido hágalo, entonces esos Us570.000 no son un dinero extra. Esos Us570.000 están aquí en los Us2'200.000, que ellos tenían presupuestados⁹³.

⁹³ Páginas 11 a 14 del Testimonio del señor Ricardo Humberto Villalobos.

Finalmente, si en gracia de discusión llegare a entenderse que NCT no tenía claro desde abril de 2006 que para entrar en el negocio con Geoadinpro debía constituir una fiducia para garantizar las obligaciones de la primera fase, este Tribunal debe aclarar que a NCT como profesional en el negocio se le exige un conocimiento mínimo de las normas a las que su actividad hace referencia y ese conocimiento mínimo implica saber la existencia en Colombia del Acuerdo No. 031 expedido por la ANH el 16 de septiembre de 2005, el cual contempla la posibilidad que tiene dicha entidad, a su entera discreción, de solicitar garantías adicionales dentro de las cuales se encuentra la fiducia, cuando la capacidad financiera del proponente no cumple con los siguientes tres (3) requisitos:

1. Que los indicadores de razón corriente y endeudamiento total sumen por lo menos diez (10) puntos de acuerdo con la fórmula que establece la ANH para el conteo de puntos.
2. Que el capex sea menor a la generación de flujo de caja conforme a la fórmula establecida en el artículo 22 del Acuerdo 008 de 2004.
3. Que el patrimonio sea mayor al cincuenta por ciento (50%) de los compromisos exploratorios conforme a la siguiente fórmula: $\text{Capex} < 0.50 \times \text{patrimonio}$.

La posibilidad que tiene la ANH de exigir esquemas fiduciarios a sus proponentes como requisito para la firma de los contratos de Exploración & Producción se encuentra establecida en el artículo 1 del Acuerdo 031 que modifica el artículo 22 del Acuerdo 008 de 2004, el cual prevé lo siguiente:

"Artículo 1.- Modifíquese el artículo 22 del Acuerdo 008 de 2004, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 22. De la evaluación de la Capacidad Financiera:

El proponente deberá demostrar a la ANH que tiene los recursos financieros suficientes para atender en forma regular y continua sus obligaciones actuales en el país por razón de otros contratos petroleros, y las que contraería de acuerdo con el nuevo contrato hasta la primera fase del Periodo de Exploración. Cada Proponente deberá obtener una puntuación mínima de cincuenta (50) puntos, de acuerdo con el procedimiento que se describe más adelante. Para obtener la calificación de la Capacidad Financiera de un Consorcio o una Unión Temporal, cada compañía participante será evaluada individualmente y su calificación será ponderada por el porcentaje de participación en el respectivo consorcio o unión temporal.

Para el cumplimiento de lo previsto en este artículo, el Proponente deberá suministrar el Balance General, el Estado de Resultados y el Flujo de Caja en el formato que se presenta en los Anexos 3 y 5. Adicionalmente se deberá presentar el flujo de caja proyectado para los siguientes dos años en el formato del Anexo 5.

En caso de que el Proponente hubiera iniciado sus actividades hace menos de tres (3) años o si es una compañía creada recientemente, la documentación solicitada deberá corresponder a la antigüedad del mismo, quedando entendido que para el año o años respecto de los cuales el Proponente no entrega la información correspondiente la puntuación será cero (0).

Si la propuesta se presenta antes del mes de abril, se podrán tomar en consideración los estados financieros del último año, sin auditar pero debidamente contabilizados.

En todo caso, se deberán presentar los estados financieros del último trimestre debidamente contabilizados, los cuales no serán objeto de calificación, pero servirán para que la ANH se informe acerca de la situación financiera actual de la empresa (si se presentó cambio relevante en las condiciones financieras del proponente y lo tome en cuenta)

Se exceptúan de la evaluación financiera aquellos proponentes que aparezcan como proponentes del tipo integrado o "Upstream" en la última publicación "The Energy Intelligence Top 100: Ranking the World's Top Oil Companies" emitida por la firma "Petroleum Intelligence Weekly" o quienes demuestren a la ANH que en el último año obtuvieron una calificación de riesgo igual o superior a las establecidas en la siguiente tabla:

TABLA 4

Agencia Calificadora de Riesgo	Calificación
Standard & Poor´s	BBB
Moody`s	Baa
Duff & Phelps	BBB

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO: *La ANH podrá solicitar a los proponentes, referencias de un establecimiento bancario registrado en una jurisdicción que forme parte de las convenciones internacionales sobre control y prevención de lavado de activos.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *Una vez realizada la evaluación de la capacidad financiera conforme a las fórmulas antes previstas, a las propuestas que obtengan más de cincuenta (50) puntos se les deberá evaluar además los siguientes aspectos:*

1. *Que los indicadores de razón corriente y endeudamiento total sumen por lo menos diez (10) puntos.*

2. *Que el capex sea menor a la generación de flujo de caja conforme a la siguiente fórmula:*

CAPEX < Flujo de Caja; en donde

Flujo de Caja = EBIT oper + DD&A - Δ Capital de Trabajo - Δ AF - Impuestos

(...)

3. *Que el patrimonio sea mayor al cincuenta por ciento (50%) de los compromisos exploratorios conforme a la siguiente fórmula:*

Capex < 0.50 x patrimonio

PARÁGRAFO TERCERO: *De no cumplirse los tres (3) requisitos de que trata el párrafo segundo del presente artículo, la ANH, a su discreción, solicitará al proponente la presentación de garantías líquidas que respalden la existencia de recursos que compensen la capacidad financiera del proponente; **garantías que pueden comportar esquemas fiduciarios u otros similares, tales como seguros, cartas de intención de otorgamiento de créditos por parte un banco, etc.***

En tal sentido, será la administración quien determine la exigibilidad o no de éstos mecanismos, y el Consejo Directivo quien decida la aprobación o no del contrato sujeto a dicha exigencia". (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Bajo esta perspectiva, resulta evidente que siendo NCT un profesional en el negocio, tenía la obligación de conocer desde un comienzo que la ANH podía solicitarle la constitución de una fiducia para garantizar el pago de las obligaciones de la primera fase.

Por lo anterior, no puede NCT ENERGY GROUP argumentar como razón o motivo para abstenerse de participar en el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", la exigencia de una fiducia por parte de la ANH, so pretexto de hacer mas onerosa su participación en el proyecto, por cuanto quedó demostrado en el proceso que desde el mes de abril de 2006 conocía de la existencia de dicho requisito y que continuó con las negociaciones con Geoadinpro hasta el mes de agosto de 2006.

Para el Tribunal, la actuación de NCT ENERGY GROUP, plasmada en la comunicación que envió a Geoadinpro el 16 de agosto de 2006 constituye un abuso del derecho, en la medida que se cumplen los siguientes requisitos⁹⁴:

1. Se trata de una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal o contractual.
2. La conducta corresponde a un uso contrario a los fines claros de la norma o el contrato y,
3. La conducta es realizada con discernimiento, intención y libertad.

En efecto, tal y como se demostró en los párrafos precedentes, NCT ENERGY GROUP no podía esgrimir como razón válida para no entrar en el negocio el desconocimiento de la obligación de constituir una fiducia de pago, por cuanto NCT sí conocía de la exigencia de tal requisito desde el mes de abril de 2006, tal y como quedó demostrado anteriormente. En esta medida cuando se invocó esta circunstancia ha de concluirse que lo que buscaba era ocultar la ausencia de motivo o la existencia de alguno que no se ajustaba al ordenamiento. Finalmente, la actuación de NCT no fue durante el proceso una actuación sin discernimiento, intención y libertad, con lo cual se cumple el tercer requisito configurativo del abuso del derecho.

En virtud de lo anterior, este Tribunal considera que el envío por parte de NCT ENERGY GROUP de la carta con fecha 16 de agosto de 2006 en donde argumenta no entrar en el negocio por causa de la exigencia de la fiducia, sí constituye un acto abusivo del derecho y por tal motivo, prospera esta pretensión.

En relación con la SÉPTIMA pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria, la convocante solicita que como consecuencia de todas las declaraciones solicitadas en dicha pretensión, se condene a NCT a pagar a Geoadinpro, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que

⁹⁴ RENGIFO, García Ernesto, *"del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante"*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición 2004. Bogotá- Colombia. Pág. 51.

así lo disponga, la cláusula penal establecida en la cláusula cuarta del contrato, como pago anticipado de los perjuicios ocasionados con el abuso del derecho.

En este laudo arbitral, se ha señalado con claridad las razones por las cuales no es procedente la CONDENA al pago de la cláusula penal. Por estas mismas razones se denegará la pretensión que nos ocupa.

9.2. Cuarta y Quinta Pretensiones Subsidiarias

En la medida que prosperó la primera pretensión de la tercera pretensión arbitral subsidiaria no hay lugar a examinar estas pretensiones.

10. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

En la pretensión cuarta principal de su demanda Geoadinpro solicitó que se condenara a las demandadas a pagar solidariamente la cláusula penal. Así mismo, en las restantes pretensiones de condena solicitó condenar a las demandadas, sin precisar si debía o no condenarse en forma solidaria. En sus alegatos Geoadinpro precisó que las demandadas se obligaron a responder solidariamente por todas y cada una de las obligaciones que por virtud del Contrato asumieron.

Sobre este punto observa el Tribunal que en el Contrato no se estableció expresamente una responsabilidad solidaria entre NTC Energy Group y NTC Estudios y Proyectos frente a Geoadinpro. Lo que estableció el contrato en su cláusula cuarta es una responsabilidad solidaria de GEOADINPRO y NCT “frente a la ANH y frente a terceros de la ejecución del Contrato de E&P suscrito con la ANH”.

No obstante lo anterior debe observar el Tribunal que el Contrato celebrado es mercantil, tanto porque es celebrado por un comerciante y en relación con sus “actividades o empresas de comercio” (artículo 21 del Código de Comercio), como porque es un contrato que tiene por objeto desarrollar una empresa para el “aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la

naturaleza” que por lo mismo debe entenderse un acto mercantil al tenor de los artículos 20 y 24 del Código de Comercio.

En esta medida, a dicho contrato debe aplicarse la regla prevista por el artículo 825 del Código de Comercio de conformidad con la cual “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

Por consiguiente si hubiere de condenarse a pagar la cláusula penal dicha condena debería ser solidaria. Lo cual como ya se dijo no procede.

Por otra parte, en materia contractual cuando dos partes concurren a la realización de un daño igualmente deben responder por el mismo solidariamente. De esta manera en lo que se refiere a la decisión de no participar en el proyecto, rompiendo abruptamente la negociación, se observa que la misma provino de NTC Energy Group. Sin embargo, igualmente debe observarse que la decisión de presentar una solicitud a la ANH, sin consentimiento de Geoadinpro, provino de NTC Estudios y Proyectos.

En esta medida a juicio del Tribunal las dos personas jurídicas concurren con sus actos al fracaso del esquema previsto por lo que deberían responder solidariamente por los perjuicios sufridos por Geoadinpro, en el evento en que el Tribunal los encontrase probados, situación que no ocurrió en este proceso arbitral, tal como se explicará a continuación.

11. LOS PERJUICIOS

Entrará el Tribunal a continuación a analizar los perjuicios que la alegada inexecución del contrato por parte de NCT y su conducta abusiva causaron a Geoadinpro, respecto de lo cual ésta en su condición de demandante reclama su reparación. Para ese efecto, considera necesario primero que todo precisar el concepto del daño como fuente de reparación indemnizatoria dentro de las peculiaridades de la industria petrolera, antes de pronunciarse sobre las

consecuencias de la inejecución del contrato y de los perjuicios específicos que Geoadinpro alega.

Reitera el Tribunal que para que haya responsabilidad debe emerger un daño que cause una lesión o afectación a un interés jurídicamente protegido, lo que otorga al titular del interés la pretensión indemnizatoria. Como se ha dicho en abundancia, el daño es un elemento primordial dentro de la responsabilidad civil y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia determina la existencia de la responsabilidad. De ahí que no existe responsabilidad sin daño demostrado y el punto de partida de toda consideración, debe ser siempre la enunciación, establecimiento y determinación de tal daño, ante cuya ausencia resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria⁹⁵.

Sobre el tema de la responsabilidad civil, señala el Tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra De la Responsabilidad Civil Tomo I, Editorial Temis, página 12, lo siguiente:

"(...) En general, la responsabilidad civil engloba todos estos comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen surgir en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.

En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos".

⁹⁵ Tomado de Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 abril de 1968, CXXV, p. 62.

En tratándose de responsabilidad civil contractual, para que surja la misma son necesarios los siguientes requisitos: "que haya un contrato válido (...) que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato (...) y finalmente que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual"⁹⁶. Es pertinente entonces analizar si dichos requisitos se encuentran en el presente caso para determinar si a la convocante le cabe derecho alguno para obtener la indemnización de perjuicios que reclama por los actos imputados a la convocada. Como ya se expuso en otro aparte de este laudo, existió un contrato válidamente celebrado y un incumplimiento del mismo. Así mismo desde otro punto de vista existió un acto abusivo. Resta pues por establecer si existe un daño reparable.

Sobre el tema del daño y perjuicio, el Tratadista Juan Carlos Henao, en su obra: "El daño Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés", señala lo siguiente:

"(...) Otro de los aspectos tradicionales en el estudio del daño ha sido el de determinar si dicho concepto es sinónimo de perjuicio. Si bien en términos generales los conceptos son utilizados indistintamente, lo que explica que la jurisprudencia colombiana haya afirmado que "la palabra daño equivale exactamente a perjuicio", vale la pena precisar que las nociones, dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar (...)"⁹⁷.

"(...) El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada.

(...)

⁹⁶ Javier Tamayo Jaramillo, Obra De La Responsabilidad Civil Tomo I, página 67, Editorial Temis.

⁹⁷ Obra citada Página 76.

Con esta misma lógica, una sentencia colombiana afirmó que "El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en espíritu o en su patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó (81)^{98, 99}

(...)

"el patrimonio individual (...) es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel (...) existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización"¹⁰⁰

De lo dicho se puede concluir que no necesariamente por la existencia de un daño se causa un perjuicio, debiendo éste último entrar a ser demostrado por quien lo invoca.

Sobre este punto señala nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 18 de enero de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, señala, lo siguiente:

"(...) hay que recordar que "cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado' (se subraya; Cas. Civ. Sentencia de 27 de marzo de 2003).

⁹⁸ (81) Corte Suprema de Justicia. 13 de Diciembre de 1943. M.P.: Cardozo Gaitán.

⁹⁹ Obra citada página 77

¹⁰⁰ Obra citada página 78

Al respecto, cabe precisar que "el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable" (Cas. Civ. Sentencia de 9 de agosto de 1999), supuesto en el cual el elemento de certidumbre que lo caracteriza, adquiere especial importancia, pues permite diferenciar este tipo de perjuicio -futuro- del meramente eventual o hipotético.

Circunscrita la Sala al tema del lucro cesante, igualmente apuntó que su concreción "..., queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas', como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que 'Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable (...)".

En relación con la determinación o certeza del daño, vale la pena traer a colación el aparte contenido en el laudo arbitral de Terpel de la Sabana S.A. vs Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. que expresó lo siguiente:

"(...) El daño, para que pueda ser reparado debe ser cierto" (Consejo de Estado, 19 octubre 1990), lo cual quiere decir que para el momento de la decisión se debe haber consolidado: disminución patrimonial por pérdida o desmedro de bienes o por incremento de deudas, ganancias que no se obtuvieron, o que, mirando al futuro, se den las mayores probabilidades de que posteriormente ocurrirán tales fenómenos, y uno de los ejemplos

*socorridos al efecto es el del provecho que estaba llamado a reportar el contrato que no se ejecutó (...)*¹⁰¹.

Acerca de la certeza del daño, el Consejo de Estado ha afirmado lo siguiente:

*"(...) cuando se trata de perjuicios materiales en general, para poder pronunciar una sentencia sobre ellos, es necesario que al momento de fallar, de las pruebas que obran en el proceso pueda deducirse su certeza, es decir, que efectivamente se causaron o, si se trata de daños futuros, que los ingresos u otros beneficios en que consistan, dejarán de percibirse como consecuencia necesaria de los hechos que dieron lugar a ellos. Por esto la jurisprudencia ha dicho que la indemnización debe negarse cuando el perjuicio de la víctima sea eventual el daño futuro es jurídicamente relevante en cuanto revista el carácter de certidumbre, por cuanto la simple posibilidad o eventualidad no bastan para que sea superado. Explica también esta providencia que "el daño futuro es cierto y, por lo mismo indemnizable, cuando necesariamente ha de realizarse (...)"*¹⁰².

Por su parte, nuestra jurisprudencia arbitral ha expresado en relación con la certeza y cuantía del daño o perjuicio lo siguiente:

*"(...) La ley otorga la indemnización de perjuicios por una pérdida real y no por una pérdida posible, de modo que el acreedor deberá probar cuál ha sido el lucro cesante que ha tenido, lo mismo que deberá probar cuál ha sido el daño emergente que ha experimentado (...)"*¹⁰³.

De otra parte, de existir perjuicios los mismos podrán ser a título de daño emergente y/o lucro cesante.

¹⁰¹ Laudo arbitral que resolvió las diferencias entre Terpel de la Sabana S.A. y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. del 19 de Agosto de 2005.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección 3ª, Sentencia del 23 de febrero de 1990.

Sobre el punto en el laudo arbitral de Carbones y Petróleos Colombianos, Carbopetrol S.A., contra American Internacional Petroleum Corporation of Colombia, de fecha 27 de octubre de 2000, se señaló lo siguiente:

*"(...) Ahora bien, la indemnización de perjuicios por incumplimiento total o parcial, o por cumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones derivadas de un contrato, siempre ha comprendido el daño emergente y el lucro cesante, definidos en el artículo 1.614 del Código Civil, aplicable al caso sub judice por virtud de la remisión establecida en el artículo 822 del Código de Comercio. Tal precepto civil dispone: "Entiéndase por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente o retardado su cumplimiento (...)"*.

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de mayo 7 de 1968, señaló lo siguiente:

"(...) El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión (...)".

Este Tribunal considera importante reiterar que la prueba del incumplimiento del contrato no puede originar por sí solo derecho a reparación. Es necesario que cause

¹⁰³ Laudo arbitral proferido el 3 de abril de 1978 que dirimió las controversias existentes entre Pablo Emilio Quintana y Pavimentos y Construcciones Pavicón Ltda.

un daño al acreedor¹⁰⁴. Por consiguiente, para que exista condena derivada del incumplimiento es indispensable que el demandante pruebe el daño sufrido junto con su cuantía. Para este efecto el Tribunal procede al siguiente análisis.

11.1. Los perjuicios específicos

Todo lo expuesto hasta aquí en el presente Laudo ha llevado al Tribunal a concluir que, debido a que el "Contrato para la exploración y producción del bloque Azar" que surgiría como consecuencia de haberse ejercido la opción no existió, pues probado está que las demandadas nunca ejercieron dicha opción, no puede prosperar entonces la pretensión que se le resarzan perjuicios por incumplimiento de obligaciones que no llegaron a nacer a la vida jurídica. Esos perjuicios, por otra parte, habían sido tasados previamente por las partes mediante la cláusula penal estipulada en la Cláusula Cuarta del "Acuerdo para el contrato de exploración y producción del bloque "Azar" que, como se sabe, habría excusado la prueba del monto de la indemnización. Sin embargo, esa cláusula penal era de alcance limitado y solo obraba, como se vio en su lugar, para ciertos y determinados eventos de inexecución o incumplimiento.

Por otra parte, si bien ha concluido el Tribunal con anterioridad que de la violación de los compromisos contractuales de "Confidencialidad" (Cláusula Décima Tercera) y de "Exclusividad" (Cláusula Décima Cuarta), por razón de una conducta reprochable y abusiva de las demandadas no resultó un daño que hubiese sido demostrado por Geoadinpro como parte ofendida, también concluyó que la conducta de NCT es digna de censura al comunicar su intención definitiva de no ejercer la opción en fecha cercana a la del vencimiento del término originalmente otorgado por la ANH para la suscripción del Contrato usando un pretexto inaceptable como lo fue el supuesto impacto financiero de la fiducia mercantil que conocía, o no podía ignorar, desde el inicio de sus conversaciones con Geoadinpro. No puede dejarse de lado que esas conductas reprobables de NCT pudieron haber

¹⁰⁴ En ese sentido vale la pena consultar MAZEAUD, Henri et Léon y TUNC, André, con apoyo en reiterada jurisprudencia francesa. "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual" Tomo I. Vol.I. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1977. Pág. 227 y ss.

derivado en un daño para Geoadinpro del cual NCT debería responder tal y como lo demanda Geoadinpro.

Ahora bien, para demostrar los perjuicios causados con el incumplimiento de NCT, se recaudó el Dictamen Pericial Contable – Financiero rendido por el Dr. Julio Antonio Hurtado Gamba, dictamen que no fue objetado por ninguna de las partes. En este experticio el perito señaló respecto al tema de los perjuicios, lo siguiente:

"(...) No existe, por tanto, daño emergente o lucro cesante que se pueda adjudicar a alguna de las partes como resultado del éxito y resultado de las labores de exploración y producción del contrato AZAR.

En ese sentido, sólo el resultado de los eventuales incumplimientos en los contratos entre las partes, se pueden considerar como elementos relevantes para determinar daños emergentes o lucros cesantes que una de las partes pueda causarle a su contraparte.

- GEOADINPRO Ltda. realizó unas inversiones en dinero, tiempo y especie para obtener la firma del contrato de AZAR con la ANH, y con ellas esperaba una futura rentabilidad, si las condiciones de manejo del contrato, la incertidumbre geológica, la incertidumbre de producción, los costos y gastos de extracción y los precios fueran las adecuadas.*

Dichas inversiones no fueron una pérdida total porque a la luz del marco de los acuerdos del entre ARGOSY ENERGY (Hoy Gran Tierra) del 5 de octubre del 2006 y la firma del contrato de Exploración de GEOADINPRO LTDA y la ANH del pasado 12 de octubre del 2006, se puede concluir que la convocante obtuvo la firma del contrato de exploración y producción con la ANH y basada en sus inversiones, costos y gastos, y pudo con ellos cumplir con los requisitos exigidos por su socio y la ANH.

Por lo tanto, no existiría un daño emergente asociado a la supuesta pérdida de dichos gastos, porque efectivamente hoy existe un proyecto en marcha, que requería necesariamente hacer dichos costos y gastos.

En otras palabras Geoadinpro Ltda. emprendiendo el contrato E&P independientemente o con NCT Energy y NCT Estudios y Proyectos o con Argosy energy (Hoy Gran Tierra) hubiera tenido que emplear los mismos costos y gastos previos para obtener el área. Luego el supuesto incumplimiento no cambia los valores que Geoadinpro Ltda. debió emplear para obtener el contrato con la ANH y con un socio, cualquiera que este hubiera sido. GEOADINPRO Ltda. tenía que hacer dichos costos y gastos de cualquier manera, incluso en el caso en que no hubiera recibido ninguna concesión de parte de la ANH.

La empresa GEOADINPRO Ltda en el momento desarrolla el proyecto, con otro socio (Argosy Energy – Hoy Gran Tierra) la situación indicada por el convocante de los supuestos incumplimientos de los convocados por lo tanto no detuvo la realización del contrato entre GEOADINPRO Ltda y la ANH.

Luego la disputa entre convocante y convocada, no implica diferencia entre la situación actual y la que hubiera podido ocurrir de no acaecer el supuesto incumplimiento de las convocadas, en cuanto hace a la necesidad de emplear algunos recursos en los costos, gastos e inversiones previas a obtener el contrato del área con la ANH.

No existe una potencial ganancia perdida por la realización de esos costos que de todas maneras eran necesarios (...)¹⁰⁵.

De los apartes transcritos del dictamen pericial Contable – Financiero, es claro que no se causó Daño Emergente¹⁰⁶ por cuanto las inversiones en dinero, tiempo y especie que realizó Geoadinpro para obtener la firma del Bloque “Azar”, no se

¹⁰⁵ Páginas 17 y 18 del Dictamen pericial Contable - financiero.

¹⁰⁶ “(...) El daño emergente abarca la pérdida misma de eArt. 1614 del Código Civil “Enriéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumpli

perdieron pese a que NCT no entró en el negocio, por cuanto en últimas el contrato de exploración y producción del Bloque "Azar" fue suscrito por Geoadinpro con la ANH, habiendo obtenido para el efecto el respaldo de Argosy Energy (Hoy Gran Tierra).

Por otra parte en el Capítulo XII de su demanda, el demandante hizo referencia a una serie de perjuicios específicos que el Tribunal estima pertinente analizar. Para este efecto, y por razones de facilidad y orden en el análisis consiguiente, resulta oportuno transcribir ese capítulo a continuación.

"CAPÍTULO XII

PERJUICIOS

*El incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a cargo de **"LA DEMANDADA"** le ha generado innumerables perjuicios a la sociedad convocante, como quiera que:*

(iii) La privó de la posibilidad de contratar con la ANH el área o bloque "Azar" en forma oportuna – tuvo que pedir tres prorrogas – (Ver anexos Nros. 44,45 y 46)

(iv) La colocó en una situación de alto riesgo de perder el bloque "Azar" por la no constitución en término de las garantías bancarias líquidas exigidas por la ANH;

(v) Le implicó asumir y pagar el valor de las garantías bancarias líquidas, a saber; encargo fiduciario y carta de crédito;

(vi) Le supuso adelantar un proceso de negociación con un nuevo socio que le representó reducir su porcentaje de participación del 40% al 20% sobre las eventuales utilidades del área o bloque "Azar", lo que le generó un perjuicio económico que se demostrará mediante prueba pericial."

Las partes subrayadas son del Tribunal simplemente para identificar con claridad los daños específicos que Geoadinpro afirma le causó el incumplimiento contractual de NCT que, para tal efecto y como ya se dijo, no resultan de un incumplimiento contractual en la forma expuesta por la demandante sino por la conducta abusiva de las demandadas.

11.2. Pérdida de la posibilidad de contratar el bloque "Azar" en tiempo oportuno

Obra en el expediente documentación aportada por el demandante (Anexos 44. 45 y 46 de la demanda, folios 250 a 259 del Cuaderno de Pruebas No. 1) sobre intercambio de correspondencia entre el Sr. Gerente de Geoadinpro, Dr. Ricardo Villalobos, y funcionarios del Departamento Jurídico de la ANH respecto a solicitudes de prórroga para la suscripción del contrato para exploración y producción sobre el bloque "Azar" que había negociado el demandante con esa entidad estatal. Finalmente, como consta en el correo electrónico enviado por el Dr. Rubén Darío Calderón Jaramillo, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ANH, al Dr. Villalobos, *"... se autorizó una prórroga de 30 días calendario para la suscripción del contrato de E&P AZAR, por lo que el plazo para la suscripción del mismo vence el próximo 17 de octubre de 2006"*¹⁰⁷

Para el Tribunal resulta razonable concluir que la tardía e infundada notificación de NCT ENERGY GROUP de su decisión de declinar su participación en el Contrato hubo de tener alguna incidencia en las recurrentes solicitudes de prórroga presentadas por Geoadinpro a la ANH. Sin embargo, el Tribunal encuentra dos hechos que debe destacar a saber:

- (a) Como lo admite el apoderado del demandante en su alegato de conclusión, la asignación del área Azar, se surtió bajo el procedimiento de "Contratación Directa" lo cual implicó que Geoadinpro estuvo amparado durante todo el tiempo de negociaciones y hasta la suscripción del Contrato con la ANH del principio de "Primero que llega, primero que se atiende", contenido en

¹⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folio 258.

el Artículo 7 del Acuerdo No. 008 de 2004, el cual contiene las regulaciones impuestas por la ANH sobre los procedimientos de contratación.

La aplicación de este principio le otorgaba un "*Derecho adquirido sobre el bloque Azar*" (*expresión que usa el apoderado de la demandante*), hecho que también reconoce el señor apoderado de la demandante en su alegato de conclusión.

- (b) Geoadinpro suscribió el contrato para la exploración y producción sobre el bloque Azar el día 12 de Octubre de 2006, lo cual elimina el daño por pérdida de la posibilidad de suscribirlo que alega. Por otra parte, Geoadinpro no demostró perjuicio alguno por el hecho de suscribir el contrato cerca de un mes más tarde, -"o en tiempo oportuno"-, de la fecha originalmente fijada.

No habrá lugar, en consecuencia, a reconocer reparación o indemnización alguna.

11.3. El alto riesgo de perder el bloque "Azar" por la no constitución en término de las garantías bancarias líquidas exigidas por la ANH

Similar razonamiento cabe hacer en este caso. Se trataba de una situación de riesgo, hipotética, que no se tradujo en la pérdida de la posibilidad de suscribir el Contrato ya que las garantías bancarias se pudieron obtener, merced a lo cual el contrato efectivamente se celebró y aparece obrando en el proceso firmado por el Dr. José Armando Zamora, en representación de la ANH, y por el Dr. Ricardo Villalobos, en nombre de Geoadinpro el día 12 de octubre de 2006.

Dado que la posibilidad no se perdió, tampoco hubo daño y por tanto esta petición de Geoadinpro no podrá prosperar.

11.4. Pago del valor de las garantías bancarias líquidas del Contrato

Nótese, en primer término, que se trataba de un compromiso adquirido por Geoadinpro el cual debería asumir bien que hubiese celebrado el contrato solo o en

asocio con NCT o con Argosy Energy Internacional (Hoy Gran Tierra). Por otra parte, no era una oportunidad de negocio propiamente de Geoadinpro, ni le implicaba una contingencia de pérdida o ganancia, sino, por el contrario, una obligación inherente al contrato pues se trata de un presupuesto necesario establecido por la ANH para empresas petroleras como Geoadinpro a fin de admitirlas a celebrar los contratos de exploración y producción.

Así lo confirma el dictamen del perito contable financiero, atrás transcrito, pero que en lo pertinente dice:

"Dichas inversiones no fueron una pérdida total porque a la luz del marco de los acuerdos del entre ARGOSY ENERGY (Hoy Gran Tierra) del 5 de octubre del 2006 y la firma del contrato de Exploración de GEOADINPRO LTDA y la ANH del pasado 12 de octubre del 2006, se puede concluir que la convocante obtuvo la firma del contrato de exploración y producción con la ANH y basada en sus inversiones, costos y gastos, y pudo con ellos cumplir con los requisitos exigidos por su socio y la ANH".

Y mas adelante agrega:

"En otras palabras Geoadinpro Ltda. emprendiendo el contrato E&P independientemente o con NCT Energy y NCT Estudios y Proyectos o con Argosy energy (Hoy Gran Tierra) hubiera tenido que emplear los mismos costos y gastos previos para obtener el área. Luego el supuesto incumplimiento no cambia los valores que Geoadinpro Ltda. debió emplear para obtener el contrato con la ANH y con un socio, cualquiera que este hubiera sido. GEOADINPRO Ltda. tenía que hacer dichos costos y gastos de cualquier manera, incluso en el caso en que no hubiera recibido ninguna concesión de parte de la ANH."¹⁰⁸

Por otra parte, consta en el proceso la suscripción del contrato denominado en idioma inglés "Azar Commercial Agreement" entre Argosy Energy Internacional (Hoy

¹⁰⁸ Dictamen Pericial Contable Financiero. Dr. Julio Hurtado Gamba. Pág.17.

Gran Tierra) y Geoadinpro, el día 5 de octubre de 2006, esto es, con fecha anterior a la del contrato entre Geoadinpro y la ANH, en el cual se aprecia que Argosy Energy International se obligó expresamente a fondear la Fiducia Mercantil por US\$ 570,000 y además a proveer la garantía bancaria para la Fase 1 del Contrato en la suma de US\$ 100,000.

Obra en el expediente, en el Cuaderno de Pruebas No. 1 al folio 237 (Anexo 41 de la demanda) una certificación de Fidubogotá, de fecha 9 de Octubre de 2006, es decir, posterior a la fecha del contrato entre Argosy Energy International y Geoadinpro, en donde consta que a la cuenta corriente del patrimonio Autónomo denominado "Fidubogotá-Geoadinpro" ingresó la suma en pesos colombianos equivalente a los US\$ 570,000 que Argosy Energy International se obligó a fondear a Geoadinpro. Así mismo, obra en el expediente (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 238) la Carta de Crédito No. 0606005000827 otorgada por el Banco de Crédito Helm Financial Services por orden de Geoadinpro y a favor de la ANH por US\$ 100,000 para el contrato "Azar". Esta garantía fue otorgada el día 27 de Noviembre de 2006.

En relación con la fiducia mercantil, el Dr. Villalobos en su declaración de parte, (Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 148) afirmó que se trata de un préstamo que Argosy Energy International le otorgó y así lo corrobora el perito contable financiero, quien encontró en la contabilidad de Geoadinpro un pasivo con Argosy Energy en cantidad similar al valor del encargo fiduciario. En los fundamentos de su respuesta, sin embargo, el perito indica que ese pasivo es realmente un anticipo que no causa intereses pues parece que será devuelto con el 80% del derecho al área que obtuvo Argosy al celebrar el contrato con Geoadinpro. Sin embargo, el perito no pudo comprobar con la contabilidad del 2007 "*si este entendimiento es efectivamente logrado*"¹⁰⁹.

Frente a lo anterior el Tribunal encuentra al examinar el contrato celebrado con Argosy Energy International que evidentemente esta última asumió como

¹⁰⁹ Dictamen Pericial Contable Financiero. Dr. Julio Hurtado Gamba. Págs.93 y 94.

obligación, entre otras, la de fondear la fiducia, y a cambio de todas ellas, adquirió el derecho de participar en un 80% del proyecto.

Como conclusión, el Tribunal debe señalar que en parte alguna hubo un daño resarcible para Geoadinpro. Como se vio, la demandada terminó pagando sus obligaciones propias con fondos suministrados por Argosy Energy International.

11.5. Reducción de su porcentaje de interés del 40% al 20%

En este punto debe recordarse que como ya se dijo, el daño debe ser cierto, lo que no impide que se repare tanto el daño actual como el daño futuro, pero lo que no da lugar a reparación es el daño eventual, es decir aquel cuya realización es sólo posible y que por ello no da lugar a reparación a menos que la eventualidad se transforme en certeza¹¹⁰. En cuanto a la reparación del daño futuro se repara todo aquél que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual y por ello susceptible de estimación inmediata¹¹¹. Esto es, se deben reparar todas las consecuencias normalmente previsibles de un evento dañoso cuyos efectos se han comenzado a manifestar en el momento en que se analiza la responsabilidad.

Por otra parte, se ha discutido si es o no posible reparar el daño que se produce por la pérdida de una oportunidad o de un alea, esto es, la desaparición de la probabilidad de un evento favorable. La doctrina¹¹² y la jurisprudencia han señalado que es reparable la pérdida de una oportunidad o un alea. Para sostener esta conclusión se advierte que el ordenamiento le da valor a la oportunidad. Así, por ejemplo, se reconocen las loterías y la venta de sus billetes. Además, igualmente se agrega que el seguro reposa sobre la idea que un alea que tiene un valor. Finalmente, se indica que el hecho de que sea difícil determinar el monto de la

¹¹⁰ François Terré, Philippe Simler y Yves Lequette. Droit Civil. Les Obligations. 9ª Ed Dalloz. Paris 2005, número 700

¹¹¹ Es la formula de la Corte de Casación francesa citada por Genieve Viney y Patrice Jourdain en el *Traité de Droit Civil* de Jacques Ghestin. Les conditions de la Responsabilité. 3ª ed. LJDJ. París 2006. Número 277

¹¹² Henri y Leon Mazeaud. Andre Tunc. Tratado Teorico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Ed EJE. Buenos Aires. 1993. Tomo I Volumen I, número 219. Viney y Jourdan, Ob cit, número 279. Philippe Le Tourneau. Loic Cadiet. Droit de la Responsabilite et des contrats. Ed Dalloz. París 2000, número 1418 y siguientes

reparación no es obstáculo a la indemnización, pues en tal sentido de tiempo atrás se ha reconocido que también es reparable el daño moral¹¹³.

La jurisprudencia francesa ha condenado a reparar la pérdida de la oportunidad de ganar un proceso por la omisión de realizar un acto procesal, o la pérdida de la oportunidad del propietario de un caballo de ganar una carrera cuando por un retardo el animal no puede competir, así como la pérdida de la oportunidad de aprobar un examen o ganar un concurso cuando la persona no puede presentarse o, finalmente, la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato¹¹⁴. Señala la doctrina que en estos casos no se trata de reparar lo que se habría obtenido al ganar el proceso, la carrera o el concurso, sino que se trata de reparar la pérdida de una oportunidad que tiene un valor en sí misma¹¹⁵. De este modo se acepta que la pérdida de una oportunidad real y seria constituye un perjuicio que da lugar a reparación aunque su valoración no siempre resulta sencilla y sin que se aprecie un criterio doctrinal uniforme al respecto¹¹⁶.

Ahora bien, es necesario precisar cuándo existe una oportunidad real y seria. A este respecto debe observarse que para que ella exista debe distinguirse entre aquellos eventos en que está corriendo ya el alea y aquellos en los que no ha comenzado a correr. Cuando ya está corriendo el alea, porque ya se está en el concurso, en el proceso o en la carrera, la jurisprudencia reconoce la posibilidad de reconocer el perjuicio por la pérdida de la oportunidad. Por el contrario, cuando no está corriendo el alea, la doctrina señala que la jurisprudencia exige la proximidad del evento. Así no puede demandarse por los perjuicios por acceder a una carrera, salvo si los estudios están avanzados. Igual ocurre con la esperanza de una promoción profesional.

La jurisprudencia Colombiana ha reconocido la posibilidad de indemnizar la pérdida de una oportunidad en materia médica. Así en providencia del 10 de junio de 2004

¹¹³ Viney y Jourdain, ob cit, número 279

¹¹⁴ Ver Viney y Jourdain, ob cit., numero 280

¹¹⁵ Mazeaud, Ob cit, No 219

¹¹⁶ Entre nosotros Tamayo Jaramillo, citando a Juan Carlos Henao, por ejemplo, afirma que el "valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tiene con esa oportunidad" e inclusive sostiene que "De no ser posible la reparación en forma específica, por imposibilidad física, el juez debe fallar en equidad, pues este instrumento de cuantificación del monto indemnizable fue establecido expresamente por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998", como ocurre con el daño moral. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II. Legis. 2a. Edición. 2007.

(Radicación número: 76001-23-31-000-1999-1690-01(25416) la sección tercera del Consejo de Estado expresó¹¹⁷:

"Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad".

"...

"Algunas precisiones que FRANCOIS CHABAS ha realizado al respecto: Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, un áleas, lo cual implica que: a) "la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico...En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la 'ventaja esperada' está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino oportunidades de no morir. Y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene oportunidades de morir. El áleas no es la misma cosa que el riesgo" y b) la oportunidad debía existir, ser real y no meramente hipotética. Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad, que no es lo mismo que establecer el vínculo causal entre la culpa del agente y la pérdida de la ventaja esperada.

"iii) "Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la 'ventaja esperada' es diferente de la supervivencia, como por ejemplo, ganar un proceso. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido...Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir

¹¹⁷ Posición análoga se ha sostenido por el mismo Consejo en sentencias del 26 de abril de 1999 expediente 10755, y 15 de junio de 2000. Radicación número: 12548

este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra 'ventaja esperada'.

Desde este punto de vista deberá entonces el Tribunal determinar si en el presente caso existe un daño reparable, para lo cual considera necesario examinar la situación en la industria petrolera.

11.6. La incertidumbre en la industria petrolera

Sea lo primero advertir que los elementos de certeza y previsibilidad que deben existir para la reparación del daño futuro muy difícilmente llegan a darse en la industria petrolera. En efecto, es de público conocimiento que los trabajos de exploración petrolera se caracterizan por la incertidumbre de sus resultados ya que no existen métodos científicos que permitan asegurar la existencia del recurso en el subsuelo antes de la perforación de un pozo. Aún más, una vez perforado e inclusive descubierto el petróleo no es posible tener más que un cálculo razonado de las expectativas de explotación económica del hallazgo que se irán confirmando o desvirtuando con el tiempo. No hay duda para el público en general, pero mucho menos para quienes profesionalmente se ocupan en esta industria, sobre su carácter aleatorio, el cual se refleja en los contratos para la exploración y producción.

Conviene recordar que entre nosotros el artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios en la medida que las prestaciones de las partes sean equivalentes pero en el segundo caso la equivalencia consiste en una contingencia incierta de pérdida o ganancia. (Se subraya).

En la doctrina francesa de tiempo atrás los Mazeaud precisaron el contrato aleatorio como aquel *“en el cual la ventaja que las partes que las partes obtendrán del contrato no es apreciable en el momento de la perfección del contrato, porque ellos*

*depende de un acontecimiento incierto*¹¹⁸. En este mismo sentido se orienta nuestra Corte Suprema de Justicia¹¹⁹. Aún más, no consideran los Mazeaud el contrato como verdaderamente aleatorio en tanto no exista un azar que se traduce en que *“las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder”*, esto es, que hayan celebrado el contrato para correr ese albur¹²⁰. Los ejemplos que típicamente suelen citarse son los contratos de juego, apuesta o lotería, así como el contrato de seguro, aunque tendencias doctrinarias modernas empiezan a discutir esa característica en este último dada la alta sofisticación de la industria aseguradora para minimizar los riesgos a través de calificaciones técnicas de los mismos, masificación de asegurados y eficientes sistemas de reaseguros.

Pero en materia de exploración y producción de petróleo no hay duda alguna que todos los contratos que celebran los Estados con las compañías petroleras son de carácter aleatorio porque no se puede saber a ciencia cierta si aparecerá petróleo sino hasta cuando realmente aparece después de la perforación de uno o a veces varios pozos. Suele inclusive compararse la actividad petrolera, de manera coloquial, con “loterías” en que una de las partes, el explorador, “compra” un billete (mediante la suscripción del contrato) del cual puede derivar una gran fortuna si es exitoso o sufrir una pérdida generalmente muy costosa, y a veces ruinosa, pues las actividades de exploración demandan grandes inversiones de capital que suele llamarse “de riesgo” precisamente porque puede perderse totalmente como ocurre con el billete de lotería o con la ficha de la ruleta si no se tiene fortuna. La diferencia con el juego y la apuesta, desde luego, es que el riesgo petrolero suele tener alguna base científica, la cual puede ser la evaluación o el conocimiento del área que generalmente adquiere el explorador por su cuenta, como por cierto ocurrió en el presente caso en que Geoadinpro, una empresa de experiencia en servicios petroleros, según se describe en el propio escrito de la demanda, que merced a trabajos previos sobre el área del bloque “Azar” concluyó que allí podría descubrirse petróleo en cantidades comerciales, lo cual está aún por comprobarse.

¹¹⁸ MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte II. Vol.I. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1969. Pág. 117.

¹¹⁹ Sentencia del 1º de junio de 1952. Gaceta Judicial tomo 72, página 503

¹²⁰ MAZEAUD. Ob. Citada. Pág. 118.

Esta apreciación de Geoadinpro la confirman sus discusiones con la ANH en reuniones de 31 de Enero y Marzo 26 de 2006¹²¹, en las que presentó sus propuestas técnicas, todas las cuales se orientaban a, entre otras cosas, definir los "leads"¹²² que había identificado y a evaluar los resultados del pozo Palmera-1, previo a hacer un "re-entry" en ese pozo y a la perforación de pozos que solo tendrían lugar a partir de la tercera fase del período de Exploración. Se trataba de futuras Operaciones de Exploración que la propia demandante define para claridad del Tribunal en la demanda, así:

"EXPLORACIÓN U OPERACIONES DE EXPLORACIÓN: Estudios, trabajos y obras que el contratista ejecuta para determinar la existencia y ubicación de hidrocarburos en el subsuelo, en los que se incluyen - sin limitarse - métodos geofísicos, geoquímicos, geológicos, cartográficos, y en general, todas las actividades de prospección superficial, perforación de pozos exploratorios y otras operaciones directamente relacionadas con la búsqueda de hidrocarburos en el subsuelo". (El subrayado es del Tribunal).

De manera coherente con la naturaleza de la actividad petrolera, todos los contratos contemplan dos períodos, el de Exploración y el de Explotación estando este último subordinado o condicionado al hecho incierto de que en el primero llegare a haber un descubrimiento comercialmente aprovechable. Asimismo, el período de Exploración se subdivide en distintas fases, por términos de tiempo precisos, en cada uno de las cuales el explorador debe ir ejecutando actividades progresivas de análisis y evaluación, que incluyen trabajos de geología de campo y técnicas superficiales que pueden seguirse con procedimientos más avanzados, como los de las imágenes satelitales y las aerofotografías, posteriormente adquisición y procesamiento de información sísmica para identificar las "trampas" donde pudieran encontrarse acumulaciones de hidrocarburos y, finalmente, la perforación de uno o varios pozos que serán en últimas los que comprueben si las

¹²¹ Actas de Negociación. Anexos 13 y 14 de la demanda. Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 156 a 159.

¹²² Según el dictamen del perito técnico un "Lead" es "un proyecto asociado a una acumulación potencial, que al momento de la evaluación no está bien definida y requiere de la adquisición de mayor información y/o evaluación para ser clasificada como un prospecto" y a su vez, un prospecto es "un proyecto asociado a una acumulación potencial que está suficientemente definida para representar un objetivo viable de perforación". Estas definiciones, según el perito técnico, son tomadas de la SPE o Sociedad de Ingenieros de Petróleos. (Pág.52/126 del dictamen. (Lo subrayado es del Tribunal).

hipótesis originales eran correctas o no¹²³. Si después de vencida cada una de las fases del período de Exploración se concluye que no habrá petróleo en el área en cuestión o que los resultados de la fase previa no son alentadores, el contrato puede terminarse por retiro del explorador sin que haya lugar a reclamos entre las partes. Inclusive, aún después del hallazgo es posible que las reservas descubiertas no sean suficientes y que el contrato, ante la ausencia de un descubrimiento comercial, termine en el período de exploración y no se pase al período de producción o explotación.¹²⁴

El contrato de exploración y producción celebrado por la ANH con Geoadinpro en la Cláusula 4 ("Duración y Períodos"), que obra en el proceso al Cuaderno de Pruebas (Anexo 7), a folios 52 a 110 del Cuaderno de Pruebas No. 1, contempla esta secuencia de obligaciones exploratorias por fases e incluye, en la cláusula 4.2.1, el derecho de Geoadinpro para renunciar al contrato siempre y cuando hubiere cumplido las obligaciones previas. En este sentido no era diferente el Contrato de Asociación que celebraba ECOPETROL durante la vigencia del Decreto Legislativo 2310 de 1974, como lo demuestra el que suscribió sobre el sector "Fortuna" con Emerald Energy PLC Sucursal Colombia y Geoadinpro (Anexo 6 de la demanda). Ni tampoco lo era mayormente el Contrato de Concesión que anteriormente celebraba el Gobierno Nacional, a través del entonces denominado Ministerio de Minas y Petróleos, reglamentado profusamente por el Decreto 1056 de 1953 o "Código de Petróleos" y la ley 10 de 1961 que lo modificó.

Esta naturaleza claramente aleatoria, reflejada en los contratos que suscribe la ANH, muestra que la industria petrolera está signada por la incertidumbre y por tanto, en las etapas de exploración previas al descubrimiento, y en ocasiones frecuentes aún después del mismo, no es posible para el juzgador formarse la convicción sobre si el afectado sufrirá una disminución del beneficio jurídicamente

¹²³ El Perito Técnico en su respuesta a la pregunta No.10 de Geoadinpro (Pág. 40/126) del dictamen revela los pasos generalmente requeridos para la elaboración de mapas de contornos estructurales los cuales son apenas una indicación probable para la mejor ubicación de los pozos que se perforen como se evidencia a lo largo del contenido de su dictamen.

¹²⁴ Esta característica de la actividad petrolera aparece claramente confirmada en el Dictamen Pericial Técnico que se aportó al proceso en varias de las opiniones expuestas por el señor perito, Ing. Alberto Moncada. A manera de ejemplo, su respuesta a la pregunta 18 de Geoadinpro, sobre si "*es razonable y confiable el mapa de contornos estructurales del subsuelo cercano al tope de la formación Caballos realizado por Geoadimpró*". Allí contestó enfáticamente que "*Es razonable*" pero "*en cuanto a la confiabilidad del mapa estructural, este*

tutelable como resultado del acto de su contraparte o, lo que es lo mismo, que el pretendido daño está vinculado a los resultados futuros e inciertos del proyecto, es por tanto simplemente eventual y no es susceptible de reparación.

Esta conclusión encuentra sustento en la posición sostenida de la doctrina y la jurisprudencia, como bien se expuso previamente.

11.7. La pérdida de la oportunidad alegada por Geoadinpro

A este respecto observa el Tribunal que en razón de las consideraciones que se han expuesto en torno al negocio petrolero no es posible establecer a ciencia cierta desde el punto de vista patrimonial cuál es el valor que podría tener la diferencia existente entre el contrato suscrito con Argosy Energy Internacional y Geoadinpro y el resultado de la negociación que había adelantado esta última sociedad con NCT.

No sobra señalar a este respecto que los valores que se pagan por la participación en este tipo de contrato dependen de las apreciaciones personales de cada empresa, sin que exista un estándar en esta materia. En este sentido el perito destaca que *"...Como era de esperarse, los cálculos volumétricos de potencial exploratorio es subjetivo y depende del conocimiento y experiencia del evaluador."* (Pág. 102/126 del dictamen). (El subrayado es del Tribunal).

De esta manera el Tribunal en este momento no puede con los elementos de juicio que posee, condenar a la parte demandada puesto que no es posible conocer a ciencia cierta el valor del porcentaje perdido y tal decisión habría que condicionarla a que se conocieran los resultados del pozo Palmera-1 o de otro pozo si ellos fueran exitosos, incluyendo la calidad del petróleo.

Para empezar, debemos tener en cuenta el dictamen técnico del perito Moncada, página 111/126, en donde se dice: *"...y que por otra parte no se ha probado la existencia de petróleo comercialmente explotable dentro del Bloque Azar, podemos*

aspecto se define en el momento de probarlo, es decir en el momento de perforar un pozo y corroborar la confiabilidad de la interpretación". (Subrayado del tribunal) Pág.48/126 del dictamen.

establecer que a la fecha no existen en el Bloque Azar, volúmenes de petróleo que se pueda clasificar como reservas. Solamente cuando se perfora un nuevo pozo que pruebe la presencia de petróleo económicamente explotable o que la prueba del intervalo N del Pozo Palmera 1 demuestre que contiene petróleo económicamente explotable, podremos determinar los volúmenes de reservas del nuevo pozo o del Pozo Palmera 1".

Esa opinión técnica es corroborada por la del perito contable financiero quien al responder una pregunta sobre cuál es el método que razonablemente pueda determinar la producción de un pozo petrolero sin haberlo perforado dice textualmente: "*.....La incertidumbre de un proceso de valoración del campo sin pozo perforado es muy grande debido a que no se tiene información exacta sobre la existencia o no de hidrocarburos, y en caso de haber, la relacionada con el volumen de reservas recuperables...*" (Pág. 28 del dictamen pericial contable financiero).

Para este auxiliar de la justicia no existe hoy en día un perjuicio efectivo al patrimonio de la convocante por el cambio de proporción de su activo porque "*en esencia no hay activo que se afecte. Haciéndolo simple, tener el 40% de nada o el 20% de 0 es lo mismo*". (Pág. 18 del Dictamen pericial contable financiero). Semejante respuesta fue objeto de aclaración por parte del perito, admitiendo que si bien tener un derecho sobre un área mediante contrato con la ANH tiene valor económico, "*...en este caso particular del Bloque Azar, al no existir reservas probadas al momento, no es posible contemplar valor alguno para la diferencia que existiría entre poseer el 40% de un activo no existente (por la no presencia de reservas probadas) y el poseer el 20% de este activo inexistente*". (Dictamen contable financiero. Aclaración y Complementación. Págs. 42 y 43).

Así mismo, en la página 49 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen contable financiero, el perito hace una suposición del valor de la diferencia en participación sobre el supuesto que hubiera certeza de las reservas, a solicitud de Geoadinpro, pero hace la salvedad que "*...es importante destacar que este ejercicio solicitado no puede ser en forma alguna una representación fehaciente del bloque AZAR en el momento de la experticia original o de estas aclaraciones. El bloque*

AZAR no tiene ninguna de las certezas que predica este ejercicio'. A lo anterior se agrega que tampoco es posible saber finalmente cuánto fue el porcentaje que perdió Geoadinpro, porque de acuerdo con la negociación que se adelantó por las partes, el mismo variaba en función de la gravedad del petróleo.

Finalmente, encuentra el Tribunal que la única evaluación sobre el valor estimado del 40% que Geoadinpro tenía en su contrato con NCT y que puede perder en algún porcentaje al negociar con Argosy Energy Internacional es la efectuada por ese mismo perito en su dictamen a solicitud de Geoadinpro, mediante aplicación de la fórmula Black-Scholes que aparece en las páginas 25 a 28 del dictamen contable financiero, usando como estimativo de reservas del campo el que hizo la propia Geoadinpro, lo cual no podría ser la base en este momento, antes de confirmarse, para una eventual condena a la demandada.

Debe destacar el Tribunal la diferencia existente entre el presente caso y aquellos en los cuales la jurisprudencia ha reconocido como daño indemnizable la pérdida de una oportunidad. En efecto, en dichos casos, si se hubiera cumplido la actividad que se desarrollaba se podía saber que se hubiera obtenido: el premio en la carrera, el desarrollo de una actividad profesional, etc. En el presente caso, aun cuando se hubiese concluido el contrato entre demandante y demandada y firmado el contrato con la ANH el resultado es absolutamente incierto.

De manera que reitera el Tribunal que no es posible en este momento valorar la alegada pérdida de oportunidad alegada por Geoadinpro al reducir su participación en el Contrato.

11.7. La eventual existencia de un perjuicio futuro

En todo caso debe observar el Tribunal que aun cuando en el momento actual no es posible establecer un daño concreto avaluable, es posible que en un futuro, cuando se hayan realizado las pruebas correspondientes y se haya establecido la existencia de un campo comercialmente explotable y el tipo de petróleo existente, se pueda concluir que existe un perjuicio para Geoadinpro por razón del cambio que sufrió en las condiciones contractuales al celebrar el contrato con Argosy

Energy Group International frente a las que había negociado con NCT. En tal caso Geoadinpro podrá proceder a reclamar el pago del perjuicio sufrido.

En efecto, al examinar el perjuicio futuro y las condiciones que debe reunir para que sea reparable, los Mazeaud¹²⁵ señalan que cuando un asegurado por negligencia de sus consejeros suscribe una póliza en condiciones que le permitirían a la compañía de seguros invocar una causa de caducidad, el asegurado no puede obtener una condena de dichos consejeros al pago de perjuicios, hasta tanto no se haya producido el siniestro, pues hasta entonces el perjuicio es hipotético.

Es precisamente esta la situación que se presenta en el caso que se examina, por lo que no puede imponer una condena económica el Tribunal, sin perjuicio de que puedan ser reclamados posteriormente.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LAS CONVOCADAS

Entra ahora el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas por las sociedades convocadas, así:

12.1. Excepciones propuestas por NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA

12.1.1. “Inaplicabilidad de la cláusula penal establecida unilateralmente a favor de Geoadinpro Limitada”.

Por las razones expuestas en este laudo esta excepción prospera.

12.1.2. “Inexistencia de contrato entre NCT Energy Group y Geoadinpro Limitada”.

¹²⁵ Ob cit. Tomo I, página 107

Esta excepción no prospera, toda vez que no está dirigida a enervar las pretensiones de la demandante, las cuales no se estructura sobre la base a la que alude el demandado.

1.2.1.3. “Cobro de lo no debido”

Esta excepción prospera por las razones expuestas en este Laudo.

12.2. Excepciones formulada por NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA

12.2.1 “Cumplimiento de las obligaciones por parte de NCT Estudios y Proyectos” e “Inexistencia de incumplimiento del acuerdo para la exploración y producción del bloque azar del 28 de marzo de 2006 por parte de NCT Estudios y Proyectos.”

Estas excepciones no prosperan por cuanto ha quedado acreditada la violación del contrato por parte de NCT Estudios y Proyecto en la forma expuesta en este laudo.

12.2.2. “Improcedencia del cobro de la cláusula penal prevista en el acuerdo para la exploración y producción del bloque azar del 28 de marzo de 2006”

Esta excepción prospera por las razones expuesta en este Laudo

12.2.3. “Inexistencia de cláusulas abusivas en el acuerdo para la exploración y producción del bloque azar acuerdo del 28 de marzo de 2006.”

Esta excepción prospera por las razones expuesta en este Laudo

12.2.4. “Enriquecimiento sin justa causa”.

En la medida que no es posible proferir una condena económica en este momento por las razones expuesta en este Laudo, no hay lugar a analizar esta excepción.

13. COSTAS

No habiendo prosperado todas las pretensiones y habiendo prosperado parcialmente algunas de las excepciones propuestas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal determina que las proporciones en que las partes deberán concurrir al pago de las costas son las siguientes: veinte (20%) a cargo de la parte convocante, ochenta (80%) a cargo de la parte convocada, conforme a la siguiente liquidación.

Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Tribunal

(Acta No. 4, Julio 16 de 2007. Folios 217 a 222 del Cuaderno Principal No. 1)

Honorarios de los Árbitros	\$35.559.000.00
IVA 16%	\$ 5.689.440.00
Honorarios de la Secretaria	\$ 5.926.500.00
IVA 16%	\$ 948.240.00
Gastos de Funcionamiento y Administración	
Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 2.835.000.00
IVA 16%	\$ 453.600.00
Protocolización, registro y gastos	<u>\$ 5.345.000.00</u>
Total	\$56.756.780.00
80% a cargo de la Convocada	\$45.405.424.00
50% pagado por cada parte	\$28.378.390.00
Total a cargo de NCT Energy Group C.A. y NCT Estudios y Proyectos Sucursal Colombia a favor de Geoadinpro Limitada	\$17.027.034.00

En consecuencia por este concepto NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA habrá de pagar a GEOADINPRO LIMITADA, la suma de **DIECISIETE MILLONES VEINTISIETE MIL TREINTA Y CUATRO PESOS (\$17.027.034.00).**

9.2. Honorarios de los peritos

(Acta No. 13, enero 31 de 2008)

1. Honorarios del perito Alberto Moncada	\$ 30.000.000.00
Iva 16%	\$ 4.800.000.00
Gastos incurridos por el perito	<u>\$ 17.722.816.00</u>
Total	\$ 52.522.816.00

Geoadinpro 60%

NCT Energy Group 25%

NCT Estudios y Proyectos 15%

80% a cargo de la Convocada \$42.018.253.00

40% pagado por la parte Convocada \$21.009.126.00

**Total a cargo de NCT Energy Group C.A. y
NCT Estudios y Proyectos Sucursal Colombia
a favor de Geoadinpro Limitada \$21.009.026.00**

En consecuencia por este concepto NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA, habrán de pagar a GEOADINPRO LIMITADA, la suma de **VEINTIÚN MILLONES NUEVE MIL VEINTISEIS PESOS (\$21.009.026.00).**

1. Honorarios del perito Julio Hurtado	\$ 20.000.000.00
Iva 16%	\$ 3.200.000.00
Gastos incurridos por el perito	<u>\$ 8.333. 210.00</u>

Total	\$ 31.533.210.00
-------	------------------

Geoadinpro 50%

NCT Energy Group 25%

NCT Estudios y Proyectos 25%

80% a cargo de la Convocada	\$25.226.568.00
------------------------------------	------------------------

50% pagado por la parte Convocada	\$15.766.605.00
-----------------------------------	-----------------

Total a cargo de NCT Energy Group C.A. y NCT Estudios y Proyectos Sucursal Colombia a favor de Geoadinpro Limitada	\$ 9.459.963.00
---	------------------------

En consecuencia por este concepto NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA habrá de pagar a GEOADINPRO LIMITADA, la suma de **NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$9.459.963.00)**.

9.3. Agencias en derecho

El Tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro

\$ 11.853.000.00

80% a cargo de la parte Convocada	\$ 9.482.400.00
-----------------------------------	-----------------

En consecuencia por este concepto NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA habrá de pagar a GEOADINPRO LIMITADA, la suma de **NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$9.482.400.00)**.

Total costas y agencias en derecho a cargo de NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA. y a favor de

GEOADINPRO LIMITADA la suma de **CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTITRES PESOS (\$56.978.423.00)**

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Protocolización, registro y otros", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes en la misma proporción en que se impuso la condena en costas.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y mediando para ello habilitación concreta y expresa de las partes, el tribunal de arbitraje constituido para decidir en derecho las controversias entre **GEOADINPRO LIMITADA y NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA Y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA,**

RESUELVE:

Primero.- Declarar que entre la sociedad **GEOADINPRO LIMITADA y NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA Y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA** se celebró y suscribió el 28 de marzo de 2006 un contrato

denominado "Acuerdo para el contrato de exploración y producción del bloque "Azar".

Segundo.- Declarar que **NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA** incumplió el contrato que celebró y suscribió con **GEOADINPRO LIMITADA** el 28 de marzo de 2006 denominado "Acuerdo para el contrato de exploración y producción del bloque "Azar", en los términos expuestos en la parte motiva de este laudo.

Tercero.- Declarar que **NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA** abusó del derecho, al haber enviado la comunicación del 16 de agosto de 2006, por las razones expuesta en la parte motiva

Cuarto.- Declarar que **NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA** abusó del derecho por razón de la solicitud para la firma del contrato de exploración y producción que presentó ante la **AHN** sobre el mismo bloque "Azar", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Quinto.- Declarar que prosperan las excepciones denominadas "Inaplicabilidad de la cláusula penal establecida unilateralmente a favor de Geoadinpro Limitada" y "Cobro de lo no debido" formuladas por **NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA**

Sexto.- Declarar que prosperan las excepciones denominadas "Improcedencia del cobro de la cláusula penal prevista en el acuerdo para la exploración y producción del bloque azar del 28 de marzo de 2006" e "Inexistencia de cláusulas abusivas en

el acuerdo para la exploración y producción del bloque azar acuerdo del 28 de marzo de 2006.” formuladas por **NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA**

Séptimo: Negar las demás pretensiones de la demanda, precisando que el Tribunal no condena al pago de perjuicios porque, a la fecha de este laudo, no se ha acreditado que exista un daño actual, sin perjuicio que pueda producirse un daño en el futuro y reclamarse su pago.

Octavo.- Negar las demás excepciones de mérito formuladas por las sociedades demandadas.

Noveno.- Condenar en costas a la parte convocada de acuerdo con las consideraciones que anteceden y la liquidación incluida en las mismas. En consecuencia, **NCT ENERGY GROUP C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ENERGY GROUP C.A. COLOMBIA Y NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS C.A. SOCIEDAD EXTRANJERA CON SUCURSAL EN COLOMBIA DENOMINADA NCT ESTUDIOS Y PROYECTOS SUCURSAL COLOMBIA** pagarán a **GEOADINPRO LIMITADA** dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia la suma de **CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTITRES PESOS (\$56.978.423.00)** por este concepto. Esta suma devengará intereses moratorios comerciales a la tasa más alta que resulte legalmente procedente a partir del vencimiento del término que acaba de indicarse para su pago.

Décimo.- Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la secretaria. El Presidente efectuará los pagos correspondientes.

Décimo Primero.- Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes, con las constancias de ley y copia

simple para el archivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo Segundo.- Disponer que una vez esté en firme esta providencia se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, y que si fuere el caso se devuelvan las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. Se previene a las partes sobre su obligación de suministrar, en la misma proporción en que se impuso la condena en costas, el monto que llegare a faltar, de no ser suficiente la suma consignada para esa protocolización.

Bogotá D. C., a dieciséis (16) días del mes de junio de dos mil ocho (2008)

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN MANUEL GARRIDO DÍAZ

Presidente

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Árbitro

JOSÉ FRANCISCO CHALELA MANTILLA
Árbitro

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE

Secretaria