

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por **INTERCONT SERVICE S. A. S.**, en adelante **INTERCONT SERVICE**, como Convocante, contra la sociedad **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, en adelante **FRONTERA ENERGY COLOMBIA**, como Convocada, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1. El trámite.

1.1.1. Partes procesales.

Son partes del presente proceso:

Parte convocante:

La parte demandante, **INTERCONT SERVICE S. A. S.**, es una sociedad constituida por Documento Privado No. 1 de 10 de agosto de 2009 de la Junta Socios, inscrita en la Cámara de Comercio de Casanare bajo el número 13062 del libro IX del registro mercantil de 26 de agosto de 2009, con NIT. 900.308.099-7, representada legalmente por su Gerente, actualmente el señor **MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTISTEBAN**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía 91.077.188 expedida en San Gil, Santander.

La parte convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

Parte convocada:

La parte convocada, **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, es una sociedad extranjera establecida en Colombia, mediante Escritura Pública No. 2216 otorgada el 19 de agosto de 2003 en la Notaria Quinta (5ª) del Círculo Notarial de Bogotá D. C., identificada con NIT. 830.126.302-2, matriculada en la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por el señor **HERBERT RICHARD**, mayor de edad, identificado con cedula de extranjería 271532.

La parte convocada ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

1.1.2. El contrato.

El asunto sometido por las Partes a decisión de este Tribunal de Arbitramento emana del "CONTRATO PARA LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO Y RECONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS INTERNAS, EL MANTENIMIENTO O ADECUACIÓN DE TODAS LAS ÁREAS DE FAGILIDADES O INFRAESTRUCTURA EN EL CAMPO CUBIRO", suscrito por las partes el 23 de julio de 2018,¹ en el cual se pactó la solución de las controversias relativas al mismo mediante arbitraje, conforme a lo dispuesto en su cláusula 2.37.

1.1.3. La cláusula compromisoria.

Como fundamento de la sujeción al arbitraje contenida en el Contrato celebrado por las partes el 23 de julio de 2018, se invocó como cláusula compromisoria:

"2.37 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Toda controversia o diferencia relativa a este Contrato, su existencia, ejecución, interpretación o liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual estará sujeto a sus reglamentos y al procedimiento allí contemplado, de acuerdo con las siguientes reglas:

a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por las Partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, a solicitud de cualquiera de las Partes.

b. El Tribunal decidirá en derecho.

c. El Tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. d. La secretaría del Tribunal estará integrada por un miembro de la lista oficial de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá."²

1.1.4. La convocatoria del Tribunal.

Con fundamento en la cláusula precedente, **INTERCONT SERVICE** presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, contra **FRONTERA ENERGY COLOMBIA**, el veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020).³

1.1.5. La integración del Tribunal.

En cumplimiento de la cláusula compromisoria que sustenta el presente trámite arbitral, el día siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021), las partes de común acuerdo designaron a los doctores **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ**, como árbitros principales y realizaron una preselección de árbitros para el nombramiento del tercer integrante del Tribunal, quedando finalmente designada,

¹ Expediente Digital. Cuaderno 02 Pruebas. Pruebas No. 01. Archivo No 6_0003 Contrato Entregado.

² Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 01. Archivo No 6_0003 Contrato Entregado. Folio 48.

³ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 01. Demanda inicial.

también de común acuerdo, como tercer árbitro, la doctora **CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ**.⁴

El Centro comunicó en forma oportuna el nombramiento a los árbitros, quienes, dentro del término legal, aceptaron el encargo, y una vez surtidos los trámites del deber de información previstos en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, sin estar inmersos en causal alguna de impedimento o recusación, fueron convocados por el Centro al igual que las partes y sus apoderados, a la audiencia de instalación.⁵

1.1.6. Instalación.

El Tribunal de Arbitramento se instaló el día veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021), mediante audiencia virtual realizada por medio del Sistema de Videoconferencias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la audiencia fue designada como secretaria la doctora **ANDREA ATUESTA ORTIZ**, quien aceptó el encargo el primero (1) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Cumplidos los deberes correspondientes al artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, se posesionó ante el Tribunal el día quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), tal como quedó consignado en el Acta No. 2.⁶

1.1.7. Admisión de la demanda.

La demanda fue inadmitida por Auto No. 2 de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021) y, una vez subsanada, fue admitida ordenándose su traslado a la Parte Convocada.⁷

Dichas notificaciones fueron surtidas en audiencia por encontrarse presente el apoderado de **FRONTERA ENERGY COLOMBIA**.

1.1.8. Contestación de la demanda, objeción al juramento estimatorio, excepciones de mérito y traslado de las mismas.

El doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021), encontrándose dentro del término legal, el apoderado de la parte Convocada remitió escrito de contestación de la demanda, en el cual objetó el juramento estimatorio y formuló excepciones de mérito.

Mediante Auto No. 3, de quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal ordenó correr traslado de las excepciones propuestas y concedió a la convocante el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 206 del Código General del Proceso, con relación a la objeción al juramento estimatorio.

La parte Convocante mediante memorial del veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021), se pronunció sobre las excepciones presentadas y respecto de la objeción al juramento estimatorio.

⁴ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 1. Etapa 01, Designaciones de Árbitros y Etapa 02, Notificaciones árbitros.

⁵ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 1. Etapa 03, Instalación.

⁶ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 2. Folios 1 al 14.

⁷ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 1. Documentos Virtuales Instalación. Acta 1. Admisión de la demanda – Notificaciones.

1.1.9. Reforma de la demanda.

El día cinco (5) de mayo de dos mil veintiuno (2021), fue presentado escrito de Reforma de la Demanda, la cual fue admitida por el Tribunal, disponiendo correr traslado de la misma a la convocada, mediante Auto No. 6 de seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el cual se notificó en estrados.

1.1.10. Renuncia de la secretaria del Tribuna

El seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021), en audiencia, la doctora **ANDREA ATUESTA ORTIZ**, presentó su renuncia como secretaria del Tribunal. En la misma audiencia el Tribunal la aceptó y designó como secretario al doctor **JESAEL GIRALDO MARTÍNEZ**, quien aceptó el cargo el diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021), dentro del término legal. Una vez surtido el deber de información previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, para los secretarios de Tribunales Arbitrales, fue posesionado por la presidente del Tribunal el treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021), mediante Acta No 5.⁸

1.1.11. Contestación a la reforma de la demanda, objeción al juramento estimatorio, excepciones y traslado de las mismas.

La demanda reformada fue contestada por la Convocada el veintinueve (29) de mayo de dos mil veintiuno (2021), encontrándose dentro del término legal. En la misma, objetó el juramento estimatorio y propuso como excepciones de mérito las siguientes:

1. Causa ilícita del contrato.
2. Eficacia de la cláusula de terminación.
3. Inexistencia de incumplimiento, abuso o culpa grave relacionados con la terminación anticipada.
4. Inexistencia de incumplimiento frente a la retención en garantía.
5. Nadie puede beneficiarse de su propia negligencia.
6. Inexistencia de perjuicios.
7. Improcedencia de cobro de intereses sobre retención en garantía.
8. Pérdida de intereses.
9. Improcedencia del cobro de IVA.
10. *Venire contra factum proprium non valet.*
11. Mala fe y dolo de Intercont.
12. Excepción genérica.

La parte Convocante, al descorrer el traslado correspondiente, se pronunció sobre las excepciones de fondo y respecto de la objeción al juramento estimatorio, mediante memorial de ocho (8) de junio de dos mil veintiuno (2021).⁹

1.1.12. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos del proceso.

El veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno (2021), dado que, conforme al reglamento del Centro de Arbitraje, las partes no solicitaron la realización de una audiencia de conciliación, mediante Auto No. 8, el Tribunal fijó como fecha para la realización de la

⁸ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 4. Folios 58 al 85. Acta 5. Folios 239 al 240.

⁹ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 6. Folios 241 al 280.

audiencia de fijación de gastos y honorarios del Tribunal, el primero (1) de julio de dos mil veintiuno (2021).

La audiencia se realizó en la fecha indicada y el Tribunal fijó las sumas por concepto de gastos y honorarios de los árbitros, el Centro y la secretaria. Las partes dentro del término legal dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, realizaron de manera oportuna el pago correspondiente, motivo por el cual, el Tribunal mediante Auto No. 11 de veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021), convocó a las partes y sus apoderados para la realización de la Primera Audiencia de Trámite.¹⁰

En la misma audiencia el doctor **JESAEEL GIRALDO MARTÍNEZ** presentó su renuncia como secretario al presente trámite arbitral. Mediante Auto No. 9, el Tribunal la aceptó y nombró a la doctora **VERÓNICA ROMERO CHACÍN**, como secretaria, quien, estando presente, aceptó el nombramiento y realizó sus manifestaciones respecto del deber de información.¹¹

Teniendo en cuenta que las partes no tuvieron objeción ni observaciones respecto del nombramiento de la secretaria designada, el Tribunal la posesionó en ese momento.

1.1.13. Primera audiencia de trámite.

La primera audiencia de trámite se realizó el diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021). En dicha audiencia, mediante Auto No. 12, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la reforma de la demanda y su contestación. Y mediante Auto No. 13, decretó las pruebas solicitadas por ambas partes, salvo la exhibición solicitada por la parte convocante.¹²

1.1.14. Audiencias.

El Tribunal sesionó durante este proceso en treinta y un (31) audiencias, incluyendo la de Lectura de Laudo.

1.1.15. El expediente.

El expediente se conforma en su totalidad por documentos digitalizados, y está integrado por tres (3) carpetas, así:

- 01. Principal:** en el cual están todas las actuaciones desplegadas por el Tribunal y por las partes.
- 02. Pruebas:** contentiva de todos los documentos aportados por las partes como medios probatorios, y
- 03. Audios y Videos:** en la cual se consignan la totalidad de los audios y videos de las audiencias celebradas por el Tribunal.

El expediente está consignado en la herramienta virtual para el manejo de expedientes del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, denominado SIMASC.

¹⁰ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 7. Folios 281 al 292.

¹¹ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 8. Folios 293 al 364.

¹² Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 10. Folios 315 al 354.

II. SÍNTESIS DEL PROCESO

2.1. La demanda.

Según se indicó en el capítulo anterior, la demanda arbitral fue presentada virtualmente ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020)¹³, la cual fue oportunamente reformada el día cinco (5) de mayo de dos mil veintiuno (2021)¹⁴.

Las pretensiones.

Fueron planteadas pretensiones de carácter declarativo y de condena en el escrito de reforma de la demanda. Dichos documentos se encuentran en la Carpeta Digital, del Cuaderno Principal 1 del expediente Virtual.

Los hechos.

El apoderado de la parte convocante realizó un relato detallado de los hechos en que fundamenta sus pretensiones los cuales obran en el escrito de reforma de la demanda, en la Carpeta Digital, Cuaderno Principal 1.

El juramento estimatorio.

Respecto del juramento estimatorio, la convocante dio cumplimiento a este requisito legal en el escrito de la demanda, indicando:

“(...) 6.1. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE POR FALTA DE PAGO DEL SALDO DE LAS OBRAS Y/O RETENCION DE GARANTIA O DEPOSITO DE GARANTIA. (...) De acuerdo con lo expuesto los perjuicios de lucro cesante por falta de pago del saldo de las obras y/o retención de garantía o depósito de garantía ascienden a \$85.247.512,62. (...)”

6.2. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE: UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR: (...) Acorde con lo expuesto los perjuicios de lucro cesante por haber sido privado de la posibilidad de ejecutar el 100% del contrato ascienden a \$274.810.186,00 (...)”

6.3. ESTIMACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL (...) De donde se concluye que la cláusula penal por el incumplimiento corresponde a \$681.887.358,00”

2.2. La contestación de la reforma de la demanda.

Mediante escrito de doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021), el apoderado de la parte convocada remitió escrito de contestación de la reforma de la demanda, en el

¹³ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 1. Demanda inicial.

¹⁴ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales Instalación. Reforma de la Demanda. Folios 86 al 140.

cual se opuso a las pretensiones de la Convocante, objetó el juramento estimatorio y propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. Causa ilícita del contrato.
2. Eficacia de la cláusula de terminación.
3. Inexistencia de incumplimiento, o abuso por terminación anticipada.
4. Inexistencia de incumplimiento frente a la retención en garantía.
5. Nadie puede beneficiarse de su propia negligencia.
6. Inexistencia de perjuicios.
7. Improcedencia de cobro de intereses sobre retención en garantía.
8. Improcedencia del cobro de IVA.
9. Inexistencia de cláusula penal en favor de Intercont.
10. Mala fe y dolo de Intercont.
11. Excepción genérica.

La parte Convocante mediante memorial de veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021), se pronunció sobre las excepciones de mérito presentadas por su contraparte y respecto del juramento estimatorio.

2.3. La demanda reformada.

Tal como se indicó en los antecedentes, la demanda fue reformada el cinco (5) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Las pretensiones de la demanda reformada.

Por intermedio de apoderado, la parte Convocante solicitó que se profieran las declaraciones y condenas relacionadas en la demanda reformada (Folios 86 a 140 del Cuaderno Principal No. 2) que a continuación se transcriben:

“4.1. Declaren que la convocada FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP., SUCURSAL COLOMBIA y la demandante INTERCONT SERVICE SAS celebraron el contrato No. 9800003063 fechado 23 de julio de 2018, adjunto a la demanda.

4.2. Declaren que el contrato referido es mercantil y se gobierna por las normas de éste régimen legal.

4.3. Declaren ineficaz la cláusula "2.32.1. TERMINACIÓN UNILATERAL ANTICIPADA" de las condiciones generales de dicho contrato.

4.4. En subsidio de la pretensión anterior (4.3) relativa a la ineficacia propongo la siguiente: Declare nula de nulidad absoluta la cláusula "2.32.1. TERMINACIÓN UNILATERAL ANTICIPADA" del referido contrato.

4.5. Declaren que la terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la convocada fue injustificada y con culpa grave.

4.6. Declaren que la convocada incumplió el referido contrato, en cuanto que lo terminó en forma unilateral y anticipada.

4.7. Declaren que la convocada incumplió el referido contrato, en cuanto que no ha pagado el valor acumulado de las retenciones en garantía o depósito en garantía de cumplimiento de las obligaciones que realizó a la demandante.

4.8. Condenen a la convocada a pagar a la demandante el valor de la retención en garantía o depósito en garantía de cumplimiento de las obligaciones, pretensión que asciende a **\$174.174.609**.

4.9. Declaren que la convocada está obligada a pagar a la demandante las indemnizaciones de los perjuicios causados con sus incumplimientos.

4.10. Condenen a la convocada a pagar a la demandante la indemnización de los perjuicios causados por la falta de pago de los \$174.174.609 de la retención en garantía o depósito en garantía, indemnización que corresponde a los intereses comerciales moratorios de la expresada cantidad desde la terminación del contrato y hasta que se produzca el pago, pretensión que al tiempo de la demanda inicial (**21 septiembre 2020**) equivalía a **\$85.247.512,62**, según la liquidación explicada inserta en la demanda.

4.11. **En subsidio de la pretensión anterior (4.1 O) relativa a los intereses moratorios de la suma dejada de pagar propongo la siguiente:** Condenen a la convocada a pagar a la demandante intereses de mora a la tasa máxima comercial a partir de la presentación de la demanda, liquidados sobre el valor adeudado actualizado de la retención en garantía o depósito en garantía de cumplimiento de las obligaciones.

4.12. Condenen a la convocada a pagar a la demandante la indemnización de los perjuicios de lucro cesante ocasionados por su incumplimiento de terminar el contrato en forma unilateral y anticipada, injusta y con culpa grave, que corresponden a la utilidad dejada de percibir por la ejecución total del contrato equivalente al 4% del valor no ejecutado del contrato (\$3.409.436.790,00), pretensión que asciende a la cantidad de \$136.377.472,00.

4.13. Condenen a la convocada a pagar a la demandante el impuesto de valor agregado -IVA- (19%) que corresponda sobre el valor de la condena anterior, pretensión que estimamos en la cantidad de **\$25.911.720,00**.

4.14. Actualicen las condenas relativas a la indemnización de perjuicios por la utilidad dejada de percibir (pretensión 4.12), por el IVA (pretensión 4.13) hasta la fecha del fallo.

4.15. Dispongan que el pago de las condenas se realice inmediatamente quede ejecutoriado el laudo.

4.16. Dispongan que a partir de la ejecutoria del fallo la convocada deberá pagar intereses comerciales de mora a la demandante que se liquidarán sobre cada una de las condenas a la tasa máxima comercial permitida.

4.17. Condenen a la convocada pagar a la demandante las costas procesales.”

Hechos planteados en la demanda reformada.

En la misma, el apoderado de la parte convocante realizó un relato detallado de los hechos en que fundamenta sus pretensiones, manifestando lo siguiente:

“5. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LAS PRETENSIONES Y DEMÁS PETICIONES DE ESTA DEMANDA.

Nuestra demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

5.1 En febrero de 2018, FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP, SUCURSAL COLOMBIA, abrió el proceso licitatorio No. RFP-18-00555-NEC-IP-18-00161 para la contratación de actividades de mantenimiento y reconstrucción de las vías internas, el mantenimiento o adecuación de todas las áreas de facilidades o infraestructura en el campo Cubiro.

5.2 De acuerdo con la justificación de la solicitud de inicio del proceso de contratación de FRONTERA, ésta se justificaba en la necesidad de la ejecución del mantenimiento rutinario de dichas vías internas y de acceso del campo Cubiro, que permitiera garantizar la operación en toda la vigencia del plazo contractual, asegurando el tránsito continuo de vehículos de transporte de crudo, materiales de construcción para proyectos, transporte de personal y todo insumo requerido para el adecuado funcionamiento de las internas y vías de acceso; es decir, obedecía a la necesidad de garantizar durante el periodo de vigencia del contrato, las condiciones necesarias para sus operaciones mediante labores permanentes de mantenimiento, reconstrucción y adecuación.

5.3 FRONTERA ENERGY COLOMBIA realizó invitación INTERCONT SERVICE SAS a proponer en el proceso licitatorio referido.

5.4 Los términos de la invitación a participar en el proceso de selección antes mencionado fueron los fijados unilateralmente por frontera Energy Colombia y los proponentes invitados en realidad no tenían facultad de negociación. Así lo prevé la misma invitación a proponer donde expresamente se establecen las siguientes reglas aplicables al proceso de selección:

“Invitación a proponer o invitación

Términos y condiciones establecidos en el presente documento junto con sus Anexos y Adendos

(...)

1.9.3 Solicitud de Aclaraciones a la Invitación a Proponer

Dentro del plazo establecido en el Cronograma de la Invitación a Proponer, los Proponentes podrán presentar los comentarios, sugerencias, consultas, aclaraciones inquietudes en relación con esta invitación a proponer. LA COMPAÑÍA dará respuesta a su exclusivo criterio, a la solicitud de conformidad con el Cronograma de la Invitación a Proponer.

(...)

1.9.4 Modificaciones a la Invitación a Proponer

LA COMPAÑÍA podrá modificar cualquiera de los términos y condiciones contenidos en esta Invitación a Proponer mediante Adendos numerados que formarán parte integral de la misma los cuales serán publicados [sic] antes de la fecha de cierre de presentación de Ofertas en la Urna Virtual.

1.9.5 Presentación de la Oferta

(...)

El Proponente conoce y acepta que no podría realizar ningún condicionamiento a los términos de la Invitación a Proponer, en caso de que la oferta contenga algún condicionamiento este se entenderá por no escrito.

(...)

1.10.1 Evaluación de las Ofertas

LA COMPAÑÍA evaluará y revisará las Ofertas de los Proponentes usando sus propios criterios, por lo tanto LA COMPAÑÍA no se obliga presentar explicación o justificación alguna sobre la forma en la que realizó la evaluación y revisión.

(...)

1.10.5 Negociación

LA COMPAÑÍA se reserva el derecho de realizar negociaciones sobre la oferta económica presentada con él (los) proponentes(s) que habiendo cumplido todos los requisitos técnicos, legales y financieros, presenten(n) ofertas(s) consideradas(s) como favorables de acuerdo con los intereses de la compañía en el presente proceso.”

5.5 Por la invitación la demandante estaba sometida a presentar la oferta más económica y competitiva, circunstancia que en la práctica reafirma el carácter no negociable de los términos del negocio.

5.6 El 21 de abril de 2018, INTERCONT presentó a FRONTERA ENERGY COLOMBIA su oferta inicial, legal, técnica, financiera y económica, por un valor de \$3.238.871, 722.00.

5.7 En mayo de 2018, FRONTERA ENERGY COLOMBIA solicitó a INTERCONT reconsiderar el valor de la oferta para reducirlo, argumentando que el término del contrato sería por dos años.

5.8 Por razón de lo anterior, INTERCONT presentó inmediatamente a la modificación de su oferta, reduciendo el valor de la misma a tan sólo \$2.999.549.141, presentación que como la inicial, fue hecha través de la plataforma SAP SOURCING y que se resume así:

No.	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	VALOR UNITARIO
1	TOTAL COSTO DIRECTO		\$2.568.896.931
2	ADMINISTRACIÓN	8%	\$205.518.955
3	IMPREVISTOS	4%	\$102.759.477

TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

4	UTILIDAD	4%	\$102.759.477
5	IVA SOBRE UTILIDAD	19%	\$19.524.301
6	VALOR TOTAL DE LA OBRA		\$2.999.549.141

5.9 La oferta presentada correspondía al valor de las obras que se ejecutarían en el término de un año.

5.10 Como se indicó la oferta fue presentada a través de la plataforma (software) de propiedad y administrado por la demanda.

5.11 Para presentar la información de la oferta, la demanda la creó a la demandante un usuario y le dio una contraseña para acceder a la plataforma y cargarle información de la oferta, mediante el diligenciamiento de los distintos campos de los distintos formularios.

5.12 Por eso, de la oferta no quedó ningún documento físico ni electrónico en poder de la demandante, y la convocada, luego de presentada la oferta bloqueó el acceso de la demandante a la plataforma.

5.13 Mediante comunicación del 01 de junio de 2018, FRONTERA ENERGY COLOMBIA informó a INTERCONT que su oferta resultó favorecida.

5.14 FRONTERA ENERGY COLOMBIA, como contratante, INTERCONT SERVICE SAS como contratista, suscribieron el contrato número 980-000-3063 que tenía por objeto “actividades de mantenimiento y reconstrucción de las vías internas, el mantenimiento o adecuación de todas las áreas de facilidades o infraestructura en el campo Cubiro”, con fecha 23 de julio de 2018.

5.15 el valor del contrato suscrito fue la suma de COP \$5.999.098.282 incluidos “AIU” y “IVA sobre utilidad”, de conformidad con lo estipulado en los numerales “5.” de la carátula, “1.3” de las condiciones especiales, y “2.4” de las condiciones generales, de dicho contrato.

5.16 El valor del contrato correspondía a las obras a ejecutar en el plazo de dos (2) Años.

5.17 En relación con los términos del contrato la “ADMINISTRACIÓN” es “A”, Los “IMPREVISTOS” son “I” y la “UTILIDAD” es “U”, y “AIU” es la suma de estos tres componentes.

5.18 Efectivamente, el plazo de duración del contrato fue de dos (2) años contados a partir de la firma del acta de inicio, de conformidad con lo estipulado en los numerales “4.” De la carátula del contrato, “1.2” de sus condiciones especiales, y “2.3” de las condiciones generales de dicho contrato, plazo fijo de carácter vinculante que obligaban las partes en frente al negocio celebrado.

5.19 Durante la etapa pre contractual, así como la celebración del contrato y en la realización de sus modificaciones, la convocada actúa composición de dominio, pues fijó las reglas técnicas, económicas y jurídicas que debían cumplir las ofertas, también los plazos para todas las actividades, dispuso los explicativos mediante los cuales se surtirían las actuaciones preparatorias y se

presentarían las ofertas, preparó y dispuso las condiciones generales y particulares que regularían el contrato, definió los documentos que formarían parte del contrato, definió el contenido del contrato y el contenido de los anexos, es decir, definió todos los elementos del contrato con antelación a la invitación, al punto que la invitada y contratista no podía más que adherir a la voluntad unilateral de la contratante

5.20 INTERCONT por su parte, fue la persona débil de la relación, se sujeto a todos los requisitos, términos, condiciones Y reglas fijadas por la convocada, a fin de que su oferta fuera seleccionada y lograr de este modo suscribir del contrato.

5.21 FRONTERA ENERGY COLOMBIA, INTERCONT suscribieron el otro si número uno al contrato No. 9800003063, fechado del día 30 de agosto de 2018 y por medio de este acuerdo modificaron el valor del contrato, que ahora sería de \$6.870.254.642, cantidad comprendía a AIU y el IVA.

5.22 De acuerdo con el numeral 1.22 del contrato No. 9800003063, hacen parte integral de dicho contrato los siguientes documentos, todos estructurados previamente al contrato e impuestos por la convocada:

“Anexo 1. Invitación a proponer RFP-18-00555 NEC-IP-18-00161 Y sus anexos.

Anexo 2. Oferta del contratista PROP-1801710 de fecha veintitrés (23) de abril de dos mil dieciocho (2018), ratificada el 28 de mayo, en el proceso RFP-18-00555 a través de SAP SOURCING.

Anexo 3. A-ABAS-CC-001 Facturación.

Anexo 4. A-ABAS-CC-002 Responsabilidad Social.

Anexo 5. A-ABAS-CC-003 Salud, Seguridad, Ambiente y Calidad HSEQ.

Anexo 6. A-ABAS-CC-004 Laboral.

Anexo 7. A-ABAS-CC-005 Seguridad.

Anexo 8. Código de Conducta y Ética Corporativa.

5.23 De acuerdo con el numeral “5. Cierra comillas de la carátula del contrato, así como con la oferta presentada por INTERCONT, el porcentaje de utilidad que la contratista percibiría por la ejecución del convenio, corresponde al 4% del valor máximo del contrato.

5.24 en el numeral “2.32.1” del contrato No. 9800003063 la convocada fija una cláusula de terminación unilateral y anticipada en favor exclusivo de la contratante, que además la libera de todo indemnización y penalidad por su ejercicio, la cláusula dice textualmente:

“LA COMPAÑÍA, podrá de manera unilateral dar por terminado el Contrato, en cualquier momento, antes del vencimiento del Contrato, dando aviso escrito al CONTRATISTA con por lo menos treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha efectiva de terminación. Esta forma de terminación unilateral se entenderá como justa causa y no causará indemnización ni penalidad alguna a favor del CONTRATISTA. LA COMPAÑÍA sólo estará obligada pagar al CONTRATISTA lo efectivamente ejecutado por este a satisfacción de LA COMPAÑÍA hasta la fecha efectiva de terminación.”.

5.25 La cláusula transcrita prevista en el numeral “2.32.1.” de las condiciones generales del contrato es una cláusula ineficaz, o en su defecto nula, de modo que no constituye derecho ni obligación.

5.26 En el numeral “2.33.” de las condiciones generales del contrato No. 9800003063 se fija una pena por incumplimiento también de beneficio exclusivo de la contratante, aplicable sin necesidad de requerimiento previo acumulable con una eventual indemnización de perjuicios, y cuyo valor se definiría en las condiciones especiales del contrato, que dice:

“El incumplimiento grave reiterado de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, de conformidad con la valuación de gravedad o reiteración que para cada caso se haga LA COMPAÑÍA, lo hará deudor a favor de LA COMPAÑÍA, sin necesidad de requerimiento previo o con la sola prueba sumaria de este incumplimiento, y deberá pagar a título de Cláusula Penal sancionatoria, el monto que resulte de aplicar el porcentaje del valor total del Contrato establecido en las condiciones especiales, o el monto allí descrito. No obstante lo anterior, LA COMPAÑÍA podrá a su arbitrio exigir simultáneamente el pago de la Cláusula Penal y el cumplimiento del Contrato, así como la totalidad de los perjuicios que se le hayan ocasionado por razón del incumplimiento, indicando esto que la exigibilidad de la Cláusula Penal no excluye el derecho a reclamar por otra vía los perjuicios que hubieren causado a LA COMPAÑÍA, ni implica renuncia a la exigibilidad de la obligación incumplida.

Para los anteriores efectos, LA COMPAÑÍA se encuentra facultada para descontar de cualquier suma favor del CONTRATISTA el valor de la Cláusula Penal o para cobrarla judicialmente, sin necesidad de requerimiento judicial alguno para estos efectos, el Contrato presta mérito ejecutivo.”

5.27 En el numeral “1.19.” de las condiciones especiales del contrato No. 9800003063 se contempló el valor de la nombrada cláusula penal así:

“Se estipula una cláusula penal equivalente al veinte por ciento (20%) del valor máximo del Contrato, la cual será imputable al CONTRATISTA en caso de incumplimiento de las obligaciones a su cargo en virtud del presente Contrato y se aplicará conforme a lo dispuesto en las condiciones generales para tal efecto.”

5.28 En virtud del equilibrio y reciprocidad que deben observar los contratos bilaterales y conmutativos, la cláusula penal estipulada en el contrato, se causa por incumplimiento de cualquiera de los contratantes y en favor de la parte cumplida, y no en favor exclusivo de una sola de las contratantes como reza el contrato.

5.29 FRONTERA ENERGY COLOMBIA e INTERCONT suscribieron acta de iniciación del contrato No. 9800003063 con fecha 05 de septiembre de 2018.

5.30 De conformidad con el numeral “1.14.” de las condiciones especiales del contrato, y del numeral “2.6.” de las condiciones generales del mismo, frontera en el si Colombia retendría a INTERCONT el cinco por ciento (5%) sobre el valor

**TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**

de cada factura, a título de depósito en garantía de cumplimiento de todas sus obligaciones.

5.31 Durante la vigencia del contrato, INTERCONT realizó satisfactoriamente las actividades propias de su ejecución, hasta donde lo permitió la contratante, desarrollando labores como estabilización de vías, adecuación de plataforma copa, transporte y suministro de su base granular, mantenimiento y reconstrucción de vías internas del Campo Cubiro, las cuales fueron recibidas a satisfacción por la contratante.

5.32 Las obras ejecutadas por INTERCONT dieron lugar a la expedición de las facturas que se relacionan a continuación, cuyos valores fueron efectivamente pagados por la convocada contratante.

No.	FECHA DE RADICACIÓN	No. FACTURA	DESCRIPCIÓN	VALOR SERVICIO	VALOR IVA	TOTAL
1	28-sep-18	233	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$520.498.347	\$3.410.162	\$523.908.509
2	16-oct-18	240	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$1.059.316.137	\$6.940.347	\$1.066.256.484
3	20-oct-18	241	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$415.801.604	\$2.724.217	\$418.525.821
4	15-nov-18	242	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$152.429.432	\$998.676	\$153.428.108
5	27-nov-18	250	ESTABILIZACIÓN VIA # 2 DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$502.436.622	\$3.297.826	\$505.734.448
6	28-nov-18	254	ESTABILIZACIÓN DE VIA No 2 DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$210.489.969	\$1.379.072	\$211.869.041
7	12-dic-18	255	ADECUACIÓN PLATAFORMA COPA 14	\$49.040.933	\$321.303	\$49.362.236
8	12-dic-18	256	TRANSPORTE Y SUMINISTRO DE 90 VIAJES DE 12M3 SUBBASE GRANULAR	\$48.125.199	\$315.303	\$48.440.502
9	10-dic-18	257	TRANSPORTE Y SUMINISTRO DE 90 VIAJES DE 12M3 SUBBASE GRANULAR	\$47.188.244	\$309.164	\$47.497.408
10	10-dic-18	258	ESTABILIZACIÓN DE VIA No 2 DE ACCESO ENTRE MEREY Y COPA	\$133.660.468	\$875.707	\$134.536.175
11	11-ene-19	259	TRANSPORTE Y SUMINISTRO DE 90 VIAJES DE 12M3 SUBBASE GRANULAR	\$69.726.532	\$456.829	\$70.183.361
12	11-ene-19	260	ESTABILIZACIÓN DE VIA No 1 DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$97.440.220	\$638.402	\$98.078.622
13	03-ene-19	286	OBRAS DE MANTENIMIENTO Y RECONSTRUCCIÓN DE LAS VIAS INTERNAS CAMPO CUBIRO	\$104.664.145	\$1.013.317	\$105.677.462
TOTAL FACTURACIÓN PAGADA				\$3.460.817.852	\$22.674.325	\$3.483.492.177
VALOR RETENEDORIAS 5%						\$174.174.609

5.33 De las facturas pagadas, FRONTERA ENERGY COLOMBIA dedujo INTERCONT SERVICE SAS, la suma de \$174.174.609 por concepto de retención o depósito en garantía.

5.34 El 27 de noviembre de 2018, los representantes legales de la demandante fueron víctimas de orden de captura de autoridad judicial.

5.35 La orden de captura tuvo lugar en proceso penal promovido por la convocada contra los representantes legales de la demandante.

5.36 A la semana siguiente de la captura, el personal directivo de la convocada que intervenía en la ejecución del contrato, le ordenó a los representantes legales de la demandante que suspendieron la ejecución del contrato, que sólo podían concluir las actividades en proceso y cobrarlo ejecutado.

5.37 Y el 04 de enero de 2019, FRONTERA ENERGY COLOMBIA informó a INTERCONT SERVICE SAS su decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato No. 9800003063, y dijo que tal decisión lo era en la aplicación de los señalado en el numeral "2.32.1." del mismo contrato, precisando que la fecha efectiva determinación sería el 03 de febrero de 2019.

5.38 *La cláusula de terminación unilateral anticipada y de limitación de responsabilidad prevista en el numeral “2.32.1.” es ineficaz, entraña un ejercicio abusivo delimitado de la autonomía negociar en perjuicio exclusivo de una sola de las partes del convenio, vulnera la justicia y la equidad del acuerdo, y en consecuencia no puede producir efectos frente a las partes del contrato, especialmente frente a la demandante.*

5.39 *La referida cláusula es ineficaz porque le otorgó de manera exclusiva a la convocada contratante facultades ilimitadas que autorizaban para terminar el contrato en cualquier momento, sin justificación, sin penalidad, exonerando la de la obligación natural de pagar indemnización de perjuicios.*

5.40 *La cláusula es ineficaz porque situada la contratista en una grave situación de desventaja, la somete a la arbitrariedad del contratante, y la despoja de los derechos mínimos para reclamar el interés del contrato, las indemnizaciones de los perjuicios sufridos y las penalidades a su favor.*

5.41 *La cláusula es ineficaz porque desconoce la causa de la contratista para contratar llegando al punto de despojarla de la posibilidad de ejecutar el contrato en todo o en parte, y con ello la despoja de la posibilidad de obtener el provecho económico del contratista que constituía el motivo esencial de éste para concurrir a la celebración del contrato.*

5.42 *El abuso y dominación se evidencian aún más cuando se observa que el contratista debía ejecutar las obras con sus propios recursos, que la contratante no anticipada ni un peso para la ejecución de estas.*

5.43 *Y la conducta de dominación era todavía mayor cuando se mira que además de haberse exonerado de toda pena indemnización, la contratante quedó facultada para retener en todo pago a la contratista un 5% a título de retención o garantía de cumplimiento, y a eso se suma que también quedó sometida pagar una cláusula penal del 20% a título de sanción y adicionalmente indemnización de perjuicios en caso de ocasionarlos.*

5.44 *La convocada, en la contestación de la demanda inicial, afirma que la cláusula es ineficaz porque es de suma relevancia para la convocada (núm.59), sin embargo, dicho aspecto nunca fue puesto de presente, nunca fue informado a la demandante, en ninguna de las etapas contractuales.*

5.45 *Si no fuera ineficaz, la cláusula determinación unilateral anticipada y delimitación de responsabilidad previsto en el numeral “2.32.1.” al menos sería nula de nulidad absoluta, pues vulnera los artículos 83 y 333 inciso 4 de la Constitución Política; 1603 del C.C. De conformidad con la integración normativa autorizada en el artículo 822 del C. Co.; así como los artículos 800 y 871 del C. Co.*

5.46 *Si no fuera ineficaz la cláusula, la cláusula es nula porque desatiende los deberes de probidad, lealtad, buena fe de las partes del contrato, así como la prohibición de abusar de sus derechos previstos en las disposiciones citadas anteriormente.*

5.47 La cláusula resulta ser nula porque le otorgó de manera exclusiva a la convocada contratante facultades ilimitadas que autorizaban para terminar el contrato en cualquier momento, sin justificación, sin penalidad, exonerando la de la obligación natural de pagar indemnización de perjuicios; por que sitúa la contratista en una grave situación de desventaja, sometiendo la arbitrariedad de la contratante, y despojando la de los derechos mínimos para reclamar el interés del contrato, las indemnizaciones de los perjuicios sufridos y las penalidades a su favor; porque desconoce la causa de la contratista para contratar llegando al punto despojarla de la posibilidad de ejecutar el contrato en todo o en parte, y consecuentemente de la posibilidad de obtener el provecho económico esperado, todo lo cual desconoce los deberes y normas indicadas.

5.48 FRONTERA ENERGY COLOMBIA incumplió el contrato No. 9800003063 en cuanto que lo terminó en forma unilateral y anticipada, ignoró el plazo de duración y privó a INTERCONT de la posibilidad de ejecutar el objeto contractual y obtener los beneficios económicos por los cuales dio su consentimiento para celebrar.

5.49 De acuerdo con lo dicho, el valor ejecutado del contrato fue la suma de \$3.460.817.852.

5.50 La convocada, con su conducta de terminar en forma anticipada y unilateral el contrato privó a la demandante y la posibilidad de ejecutar la suma de (\$3.409.436.790) que es la diferencia entre el valor del contrato (\$6.870.254.642) y el valor ejecutado (\$3.460.817.852).

5.51 El incumplimiento de la convocada generó a mi representada perjuicios por el valor de (\$136.377.472,00) que corresponden a la utilidad dejada de percibir, es decir, el 4% del valor no ejecutado del contrato (\$3.409.436.790).

5.52 Por virtud de la ley y el contrato la convocada tiene a su cargo la obligación de pagar el impuesto al valor agregado (IVA), Hoy equivalente al 19%, de la autoridad indicada (\$136.377.472,00), es decir, debe pagar \$25.911.720,00.

5.53 Además, el incumplimiento de la convocada en el pago de los \$174.174.609,00 de la retención de garantía, que debía darse la terminación del contrato, o sea, el 04 de enero de 2019, le ha generado perjuicios patrimoniales a la demandante porque la privado de la posibilidad de obtener renta o beneficio económico de la expresada cantidad.

5.54 Los \$174.174.609,00 adeudos realmente pertenecen al valor de obras ejecutadas, en cuanto que corresponden al monto retenido por la contratante a la contratista de las obras ejecutadas por esta.

5.55 La indemnización de los perjuicios por el no pago de los \$174.174.609, o corresponde al interés mercantil de mora liquidado desde la fecha de terminación unilateral del contrato (04 de enero de 2019) hasta que se produzca el pago, que a la presentación de esta demanda equivale a \$85.247.512, 62, según la liquidación que insertamos enseguida.

5.56 INTERCONT SERVICE SAS cumplió todas las condiciones impuestas por FRONTERA para que ésta le realizara el pago del valor de las retenciones y/o

saldo de las obras ejecutadas, cumplió con sus obligaciones laborales para con el personal vinculado a la ejecución del contrato, acreditó y allegó a la contratante de mandar los soportes correspondientes, y aún así ésta no le ha realizado el pago.

5.57 En efecto, el día 4 de enero de 2019, mediante correo electrónico de las 9:54:37 GMT-5, frontera le comunicó a INTERCONT su decisión de activar la famosa cláusula 2.32.1. de terminación unilateral y anticipada del contrato.

5.58 Mediante correo electrónico del 4 de enero de 2019 a las 10:24 a.m., el SEÑOR MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTISTEBAN le solicitó a los señores Carlos Ruano Medina, Julián Andrés Ávila Bolaños y Javier Guerrero Antolínez, de FRONTERA, que le informaron las gestiones que debía adelantar para el pago de los servicios de transporte pendientes de pago y la liberación de la retención en garantía realizada.

5.59 En la misma fecha a las 11:10 a.m., El señor CARLOS RUANO MEDINA de FRONTERA dio respuesta a la solicitud de INTERCONT dando a conocer la información requerida.

5.60 El 15 de marzo de 2019 a las 15:18, mediante correo electrónico INTERCONT entrega FRONTERA, a los correos electrónicos de los señores Julián Andrés Ávila Bolaños, Carlos Ruano Medina, Miriam Cecilia Correa Chávez y Manuel Enrique Chacón la documentación solicitada para el pago de la retención en garantía.

5.61 Julián Andrés Ávila Bolaños, de FRONTERA, mediante correo electrónico del vie, 15 mar 2019 a las 16:54 horas, respondía INTERCONT que requería la información radical físico.

5.62 Mediante correo electrónico del 18 de octubre de 2019 a las 9:48 a.m., INTERCONT nuevamente solicitó a FRONTERA, a los señores Carlos Ruano Medina, Julián Andrés Ávila Bolaños, Javier Guerrero Antolínez y Octavio Emerson Quijada Molina, el pago de la retención en garantía y nuevamente entrego por este medio la información requerida.

5.63 Mediante correo electrónico del 18 oct. 2019 a las 10:19 a.m., FRONTERA, por intermedio del señor CARLOS RUANO MEDINA, dio respuesta de respuesta INTERCONT informando que la compañía se encontraba revisando la información remitida y quedaría su concepto en días próximos para proceder con la configuración y eventual firma de las actas de liquidación correspondientes.

5.64 Mediante correo electrónico del 12 nov. 2019 a las 10:42 a.m., la señora NINA RINCÓN BARRERA de FRONTERA, informó INTERCONT que faltaban algunos documentos.

5.65 Mediante correo electrónico del 20 nov 2019 a las 16:38, INTERCONT allegó a FRONTERA la respuesta e informaciones al único requerimiento realizado por este respecto al cumplimiento algunas obligaciones laborales.

5.66 *El requerimiento adicional de FRONTERA no es sustancial resulta intrascendente, y no justifica que éste se niegue a pagar el saldo de la retención en garantía.*

5.67 *La conducta de FRONTERA no tiene justificación si además se tiene en cuenta que INTERCONT garantizó el pago de salarios, prestaciones sociales, reclamaciones e indemnizaciones, con una cobertura de (\$1.030.538.196,00) mediante póliza de compañía de seguros por el 15% del valor del contrato (\$6.870.254.642,00), por la vigencia del contrato y tres (3) años más, de acuerdo con la cláusula número "1.15." titulada "SEGUROS" de las condiciones especiales del contrato.*

5.68 *Nada justifica la conducta de FRONTERA porque si lo hubiera querido, de acuerdo con el texto del contrato, estaba facultada para retener el monto de las diferencias que encontró y de las reclamaciones formuladas.*

5.69 *Por lo mismo, la conducta de FRONTERA de no pagar el saldo de las retenciones resulta injustificada, si además se observa que nadie formuló ninguna reclamación.*

5.70 *FRONTERA desarrolló una conducta dilatoria y renuente, en principio para no firmar el contrato, y luego para no ejecutarlo.*

5.71 *Cuando atrase dijo, FRONTERA comunicó a la demandante que es oferta vía resultado seleccionada mediante comunicación del 01 de junio de 2018.*

5.72 *no obstante FRONTERA dilató la firma del contrato y la demandante debió requerirla en varias oportunidades.*

5.73 *Mediante mensaje de correo electrónico del 6 de julio de 2018 a las 13:01 horas, remitido por INTERCONT a FRONTERA ENERGY COLOMBIA a los correos electrónicos de los señores Manuel Enrique Chacón, Julián Andrés Ávila Bolaños, Julián Gómez Martínez, Giovanna Alexandra Romero Cristancho, Javier Ricardo Peralta, así como la Agencia Nacional de Hidrocarburos, a la Alcaldía de San Luis de Palenque, y a los Ministerios del Interior, del Trabajo y de Minas y Energía, INTERCONT puso de presente las demoras de FRONTERA en la iniciación del proyecto, el silencio de FRONTERA frente a los requerimientos de INTERCONT, y las afectaciones que dichas demoras estaban causando en razón de las obligaciones que se vio la necesidad de contraer para disponer a ejecutar el contrato.*

5.74 *El día 13 de julio de 2018, FRONTERA por fin de una respuesta a la solicitud de INTERCONT, argumentando cambios internos dentro de la compañía, particularmente la renuncia de su representante legal, e indicando que ello motivó la suspensión del proceso de contratación lo cual se extendería hasta tanto se definiera el proceso interno a surtir en esos eventos y se designará un nuevo representante legal.*

5.75 *Finalmente, sólo hasta el día 30 de julio de 2018 FRONTERA hizo entrega del contrato para proceder a su suscripción.*

5.76 FRONTERA para sus operaciones petroleras del Bloque Cubiro, hacía uso de la vía veredal que de San Luis de Palenque conduce hacia la vereda Platanales y Miramar de Guanapalo, vía principal que sirve a las comunidades de las veredas Platanales, Venturosa, El Tigre, Nevera, Miramar de Guanapalo, San Francisco, Merrey, Santa Teresa y otras.

5.77 Las operaciones del Bloque Cubiro de FRONTERA venían deteriorando gravemente el estado de la vía veredal mencionada, por el paso de las tractomulas y todo el transporte pesado que se usa en la operación petrolera.

5.78 A consecuencia de los daños ocasionados a la vía, las comunidades de las veredas nombradas venían haciendo reclamos continuos y protestas pacíficas en las bases petroleras por dichas afectaciones, y también por las afectaciones al ambiente, a las comunidades, y al territorio, y básicamente reclamando el mantenimiento de la vía, la inversión social en las veredas de influencia de la actividad de FRONTERA, reclamando la contratación del personal de la región, solicitando que los proveedores de bienes y servicios seleccionados fueran contratistas locales, un mejor pago de salarios y servicios, entre otras peticiones.

5.79 Las inconformidades de esas comunidades venían de tiempo atrás, aparentemente desde el año 2012 cuando la petrolera comenzó a desarrollar sus operaciones a causa de las afectaciones por las cuales reclamaban.

5.80 No obstante, FRONTERA no atendía ni cumplida la solicitud de los reclamantes.

5.81 Ante el incumplimiento de FRONTERA las protestas de la comunidad se fueron haciendo más constantes.

5.82 Para evitar las justas reclamaciones de la comunidad, FRONTERA obtuvo el apoyo autoridades como el Ejército Nacional, la Policía Nacional que llevó a su grupo Escuadrón Móvil Antidisturbios - ESMAD, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior, la Procuraduría General de la Nación, la Personería Municipal, la Alcaldía de San Luis de Palenque, la Gobernación de Casanare, Ministerio de Medio Ambiente, Fiscalía General de la Nación y otras.

5.83 Dichas autoridades asistieron a varias reuniones que se desarrollaron en el lugar de las protestas, así como en la Alcaldía de San Luis de Palenque, en la Gobernación de Casanare, en las instalaciones de FRONTERA, y en el Hotel Estelar de Yopal.

5.84 Finalmente todo condujo a establecer unas mesas de concertación temáticas para discutir los distintos aspectos propuestos por la comunidad, para lo cual se exigió que la comunidad designó los delegados para esas reuniones, y mediante este mecanismo se terminó disolviendo la protesta con la promesa de qué se estudiaría en los distintos aspectos de interés de la comunidad en las mesas de concertación.

5.85 Pero en el entretanto las autoridades ejercieron sus competencias a solicitud de FRONTERA, y capturaron a varios campesinos protestantes, se les hicieron pasar por delincuentes y miembros de grupos armados, les iniciaron procesos judiciales ya muchos los tienen sometidos a juicios penales.

5.86 Esas comunidades que protestaban por las reivindicaciones indicadas son el Grupo Delincuencial Organizado - GDO o que refiere FRONTERA en su contestación de demanda.

5.87 No existe al grupo delincuencial, no existió, se trataba de comunidades de la región que reclamaban directamente y a través de sus líderes, la mayoría líderes comunales. En realidad, como todo fue un falso positivo.

5.88 INTERCONT tuvo conocimiento que en el año 2018, diferentes instituciones del sector de defensa nacional como el EJÉRCITO NACIONAL, LA POLICÍA NACIONAL y de carácter investigativos como la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, realizaron convenios millonarios con entidades del sector de hidrocarburos que financiarían el ejercicio de sus funciones institucionales, esto en claro beneficio de las petroleras, y para frustrar las juntas las justas protestas de la comunidad.

5.89 Es así como se halló que la POLICÍA NACIONAL, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y ECOPETROL celebraron el acuerdo de cooperación No. 01 de fecha 24 de enero de 2018, derivado del convenio marco No. 3011412 y el acuerdo indica que dicho convenio fue por la suma de (\$17.364.271.453,00).

5.90 Por su parte el EJÉRCITO NACIONAL y FRONTERA celebraron el convenio No. 18-012 del 05 de octubre de 2018, aunque se oculta su valor, aparentemente por razón de la seguridad nacional y de la confidencialidad.

5.91 Así mismo, el EJÉRCITO NACIONAL y FRONTERA celebraron el convenio No. 18-014 del 16 de noviembre de 2018 y el portal web de convenio fuerza y justicia, indica que dicho convenio fue por la suma de (\$2.100.000.000,00).

5.92 Y también, el EJÉRCITO NACIONAL y FRONTERA celebraron el convenio No. 18-017 del 19 de noviembre de 2018 y el portal web de convenios de fuerza y justicia, indica que dicho convenio fue por la suma de (\$2.340.000.000,00).

5.93 La terminación unilateral del contrato por parte de la convocada fue injusta y se produjo por culpa grave de ésta.

5.94 Según la contestación de FRONTERA la demanda inicial, la terminación del contrato obedeció a la captura de los representantes de INTERCONT (núm.119), una vez realizado el análisis interno y conocidos los cargos imputados a dichas personas (núm.120), que pese a no existir una condena penal la captura fue determinante (núm.168), que fue por prudencia que ejercieron la cláusula de terminación del contrato (núm.169).

5.95 FRONTERA obró con culpa grave en la terminación del contrato porque lo terminó sin mediar juicio penal contra los representantes de INTERCONT, sin que las pruebas hubieran sido controvertidas, sin que los representantes de INTERCONT hubiesen sido oídos y vencidos en juicio, y basado en pruebas creadas por sus propios empleados y contratistas como resultaron ser el EJÉRCITO NACIONAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

5.96 Los señores CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN fueron vinculados al mencionado proceso penal básicamente porque varios empleados y contratistas de FRONTERA los señalaron como partícipes de las supuestas conductas punibles que se investigaba en ese proceso.

5.97 Las acusaciones de los empleados de FRONTERA respecto de los señores SALCEDO GUTIÉRREZ Y RINCÓN SANTIESTEBAN son infundadas; los representantes de la demandante no ejecutaron ni tampoco participaron de ningún ataque a bienes, ni a personal de la convocada en ningún contexto, esto es, ni en el marco de las nombradas manifestaciones ni en ningún otro.

5.98 Los señores CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ Y MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN son compañeros sentimentales y conviven como pareja desde hace quince (15) años.

5.99 Uno de los voceros de los manifestantes en las manifestaciones atrás referidas fue el señor FERNEY SALCEDO GUTIÉRREZ quien es hermano de la señora CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ y cuñado del señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN.

5.100 Los señores CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN nunca intervinieron de ninguna manera, ni promovieron, ni patrocinaron las protestas realizadas en el año 2018.

5.101 Los señores CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ y MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN debieron asistir a la reuniones convocadas por las autoridades a donde asistió casi toda la comunidad afectada, porque allí se discutirían los temas relacionados con el mantenimiento de la vida que sirve al predio DUBÁI de propiedad de la señora CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ y al predio LA CALCETA de propiedad del señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN, ambos ubicado sobre la vereda La Venturosa, y ubicados al borde de la vía motivo del reclamo social.

5.102 El vínculo familiar que une a los representantes de INTERCONT con el señor FERNEY SALCEDO GUTIÉRREZ, y la asistencia de aquellos algunas de las reuniones indicadas, son las infundadas razones por la que se les ha relacionado con el supuesto grupo delictivo, sin embargo reiteramos que los representantes de INTERCONT no han participado en las protestas, ni ataques, ni en hechos delictivos.

5.103 En el marco del contrato celebrado de frontera INTERCONT, la contratista prestó servicios de transporte que hacían parte del objeto contractual, con la camioneta de placas SPD821 de propiedad del señor FERNEY SALCEDO GUTIÉRREZ, servicios que fueron efectivamente suministrado suministrados por este proveedor y cancelados por la demandante.

5.104 La contratación de los servicios de transporte del proveedor FERNEY SALCEDO GUTIÉRREZ autorizada previamente por frontera mediante correo electrónico de fecha 12 de septiembre de 2018 a las 0: 28 horas, remitido por el señor CARLOS ALBERTO CAMARGO PÉREZ entre paréntesis (supervisor HSEQ de FRONTERA), porque a ella se le debía enviar anticipadamente toda la

información de los proveedores a contratar para que realizarán su análisis y estudios de seguridad.

5.105 El señor FERNEY SALCEDO GUTIÉRREZ no desempeñaba ningún rol societario dentro de la firma contratante, ni tenía relación laboral con ésta, sólo estuvo vinculado con INTERCONT por el servicio de transporte que prestó para la ejecución del contrato con el vehículo de su propiedad.

5.106 El señor FERNEY SALCEDO GUTIÉRREZ nació y se crio en San Luis de Palenque, residente siempre en la vereda La Venturosa, es líder social y comunal, ha sido concejal del municipio, y se distingue por su trabajo a favor de la comunidad del municipio para que en las actividades petroleras se contrate a las gentes de la región, se usen los proveedores locales y sea de inversión social para beneficio de las comunidades.

5.107 La causa INTERCONT SERVICE SAS en todas las fases de la relación, pre contractual y contractual ha sido real, seria y lícita de acuerdo con los siguientes hechos:

5.108 Las diferentes actividades que constituyen el objeto del contrato celebrado desarrollan el objeto empresarial de la demandante, una empresa establecida en el año 2009 para desarrollar operaciones de esa clase.

5.109 El señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN es ingeniero civil graduado como tal en el año 2004.

5.110 Las diferentes actividades del contrato también constituyen el ejercicio profesional del señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN quien desde hace 17 años bien interviniendo en actividades como las que constituyen el objeto del contrato, en el territorio de Casanare y Boyacá, sirviendo a distintas compañías.

5.111 Las diferentes actividades del contrato corresponden con la experiencia del señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN, a las cuales se ha dedicado por cerca de 20 años.

5.112 Las actividades del contrato además corresponden al natural ejercicio de la actividad económica de la familia emprendedora integrada por CARMEN IRAIDA y MIGUEL ÁNGEL.

5.113 Las actividades de la empresa contratista y del señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTIESTEBAN las ha desarrollado, en su mayoría, el territorio de Casanare.

5.114 Las actividades de la empresa y del SEÑOR RINCÓN SANTIESTEBAN han sido en su mayoría para empresas de la industria petrolera.

5.115 La señora CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ nació, creció y recibió parte de su formación académica en el municipio de Trinidad y en el municipio de San Luis de Palenque.

5.116 *La familia de la señora CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ es oriunda de San Luis de Palenque, allí recién desde siempre y tiene propiedades, su finca en el área rural y su casa habitación en el casco urbano.*

5.117 *Los señores CARMEN IRAIDA y MIGUEL ÁNGEL tienen domicilio residencia en San Luis de Palenque, sus finca se hallan en la vereda La Venturosa de dicho municipio, y su casa de habitación en el casco urbano, aunque también tienen casa de habitación en la ciudad de Yopal.*

5.118 *La selección de la propuesta de INTERCONT obedeció de manera exclusiva a que acreditó el cumplimiento de las diferentes actividades que comprendía el proceso de selección y ya que las condiciones de su oferta económica, técnica y legal resultaron ser las más favorables para la contratante, y no a supuestas presiones de manifestantes como lo aduce la demanda en el escrito de contestación de la demanda inicial.*

5.119 *La contraprestación económica percibida por INTERCONT por la ejecución del contrato corresponde a la retribución de los costos directos e indirectos de la legítima ejecución de las actividades contratadas por frontera.*

5.120 *La demandante INTERCONT sólo destinó los recursos pagados por frontera para amortizar los distintos costos directos e indirectos de la ejecución contractual, haciendo los pagos distintos proveedores de bienes y servicios y trabajadores.*

5.121 *Ni INTERCONT ni sus representantes tuvieron motivación diferente a ejecutar las obras para obtener la utilidad que esperaban de la ejecución contractual.*

5.122 *Luego de terminado el contrato por parte de FRONTERA a INTERCONT, aquella adjudicó la ejecución del resto de las obras del objeto contractual a la empresa INGELECTRISIS LTDA que se identifica fiscalmente con el NIT. 900.244.652-4.*

5.123 *FRONTERA tiene en su poder toda la información relacionada con la relación contractual que estableció con INGELECTRISIS LTDA NIT. 900.244.652-4.”*

El juramento estimatorio en la reforma de la demanda.

En el escrito de reforma de la demanda, el Convocante indicó como juramento estimatorio, lo siguiente:

“6. JURAMENTO ESTIMATORIO

En cumplimiento del artículo 206 del CGP, estimamos razonadamente y bajo juramento las pretensiones relativas a las indemnizaciones de perjuicios y la cláusula penal, de la manera que precisamos en los siguientes subnumerales:

6.1. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE POR FALTA DE PAGO DEL SALDO DE LAS OBRAS Y/O RETENCION DE GARANTIA O DEPOSITO DE GARANTIA

**TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**

De acuerdo con el contrato, la convocada tenía derecho a retener a la demandante el 5% del valor total de cada factura.

Y dado que la demandante ejecutó y facturó \$3.483.492.177,00, de acuerdo con la relación de facturas que se inserta enseguida, la convocada le retuvo a la actora \$174.174.609,00.

No	FECHA DE RADICACION	No. FACTURA	DESCRIPCION	VALOR SERVICIO	VALOR IVA	TOTAL
1	25-sep-18	233	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$520.498.347	\$3.410.182	\$523.908.529
2	17-oct-18	240	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY - COPA	\$1.054.016.137	\$6.940.347	\$1.060.956.484
3	23-oct-18	241	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY - COPA	\$415.801.604	\$2.724.217	\$418.525.821
4	15-nov-18	242	ESTABILIZACIÓN DE VIA DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$152.429.432	\$988.676	\$153.428.108
5	27-nov-18	253	ESTABILIZACIÓN VIA # 2 DE ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$502.436.622	\$3.291.825	\$505.728.448
6	28-nov-18	254	ESTABILIZACIÓN DE VIA No. 2 DE ACCESO ENTRE MEREY - COPA	\$210.448.959	\$1.379.072	\$211.868.031
7	12-dic-18	255	ADECUACIÓN PLATAFORMA COPA 14	\$49.040.933	\$321.303	\$49.362.236
8	12-dic-18	256	TRANSPORTE Y SUMINISTRO DE 90 VIAJES DE 2M3 SUBBASE GRANULAR	\$48.125.199	\$315.303	\$48.440.502
9	13-dic-18	257	TRANSPORTE Y SUMINISTRO DE 90 VIAJES DE 2M3 SUBBASE GRANULAR	\$47.188.244	\$309.164	\$47.497.408
10	13-dic-18	258	ESTABILIZACIÓN DE VIA No. 2 DE ACCESO ENTRE MEREY Y COPA	\$ 133.660.468	\$875.707	\$134.536.175
11	11-ene-19	259	TRANSPORTE Y SUMINISTRO DE 90 VIAJES DE 2M3 SUBBASE GRANULAR	\$69.726.532	\$456.829	\$70.183.361
12	11-ene-19	260	ESTABILIZACIÓN DE VIA No. 2 ACCESO ENTRE MEREY # COPA	\$97.440.220	\$638.402	\$98.078.622
13	3-feb-19	289	OBRAS DE MANTENIMIENTO Y RECONSTRUCCIÓN DE LAS VIAS INTERNAS CAMPO DURIRO	\$154.664.145	\$1.013.317	\$155.677.462
TOTAL FACTURACIÓN PAGADA				\$3.460.817.852	\$22.674.325	\$3.483.492.177
VALOR RETEGARANTIAS 5%						\$174.174.609

La convocada debía pagar a la demandante los \$174.174.609,00 a la terminación del contrato, es decir, el 4 de enero de 2020, y aún no lo ha hecho.

Por tratarse de la obligación mercantil de pagar \$174.174.609,00, la convocada debe pagar los intereses moratorios que desde entonces se han causado.

Tales intereses se liquidan a la tasa máxima comercial permitida que equivale a 1.5 veces la tasa del interés bancario corriente, y atendiendo este parámetro se concluye que al 21 de septiembre de 2020 se han causados intereses en cuantía de \$85.247.512,62, liquidados como se muestra en la siguiente tabla:

**TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**

CONCEPTO:								
1	CAPITAL							174.174.609,00
2	INTERESES DE MORA							
Del			4 DE ENERO DE					
			2019					
Al			21 DE SEPTIEMBRE DE 2020					
RESOLUCION SUPERBANCARIA	PERIODO INTERES	LIQUIDACION Y TASA DE			CONCEPTOS			
Res. No.	Fecha. Res	MES	AÑO	No. DIAS	TASA % CTE	TASA % MORA	CAPITAL	Vr.INTERES MORA
1872	27/12/2018	Enero	2019	30	19,16%	28,74%	174.174.609,00	4.171.481,89
111	31/01/2019	Febrero	2019	30	19,70%	29,55%	174.174.609,00	4.289.049,75
263	29/02/2019	Marzo	2019	30	19,37%	29,06%	174.174.609,00	4.217.202,72
389	29/03/2019	Abril	2019	30	19,32%	28,98%	174.174.609,00	4.206.316,81
574	30/04/2019	Mayo	2019	30	19,34%	29,01%	174.174.609,00	4.210.671,17
697	30/05/2019	Junio	2019	30	19,30%	28,95%	174.174.609,00	4.201.962,44
829	28/06/2019	Julio	2019	30	19,28%	28,92%	174.174.609,00	4.197.608,08
1018	31/07/2019	Agosto	2019	30	19,32%	28,98%	174.174.609,00	4.206.316,81
1145	30/08/2019	Septiembre	2019	30	19,32%	28,98%	174.174.609,00	4.206.316,81
1293	30/09/2019	Octubre	2019	30	19,10%	28,65%	174.174.609,00	4.158.418,79
1474	30/10/2019	Noviembre	2019	30	19,03%	28,55%	174.174.609,00	4.143.178,51
2555	29/11/2019	Diciembre	2019	30	18,91%	28,37%	174.174.609,00	4.117.052,32
1768	27/12/2019	Enero	2020	30	18,77%	28,16%	174.174.609,00	4.086.571,76
94	30/01/2020	Febrero	2020	29	19,06%	28,59%	174.174.609,00	4.011.386,39
205	27/02/2020	Marzo	2020	30	18,95%	28,43%	174.174.609,00	4.125.761,05
351	27/03/2020	Abril	2020	30	18,69%	28,04%	174.174.609,00	4.069.154,30
437	30/04/2020	Mayo	2020	30	18,19%	27,29%	174.174.609,00	3.960.295,17
505	29/05/2020	Junio	2020	30	18,12%	27,18%	174.174.609,00	3.945.054,89
605	30/06/2020	Julio	2020	30	18,12%	27,18%	174.174.609,00	3.945.054,89
685	31/07/2020	Agosto	2020	30	18,29%	27,44%	174.174.609,00	3.982.067,00
769	28/08/2020	Septiembre	2020	21	18,35%	27,53%	174.174.609,00	2.796.591,07
TOTAL INTERES DE MORA								85.247.512,62

De acuerdo con lo expuesto los perjuicios de lucro cesante por falta de pago del saldo de las obras y/o retención de garantía o depósito de garantía ascienden a **\$85.247.512,62**.

6.2. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE: UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR:

Se parte del presupuesto de que la ejecución total del contrato permitiría a la demandante la obtención de una utilidad que para ésta constituía la causa o móvil para contratar.

Que por la conducta de la convocada de terminar el contrato celebrado, la convocada fue privada de la posibilidad de ejecutar el contrato y en esa medida también fue privada de la posibilidad de ganarse la utilidad en caso de haberlo ejecutado.

Que en el contrato se previó que la utilidad de la demandante sería del 4% del valor total del contrato y que el valor total del contrato era (\$6.870.254.642).

Que la convocada sólo permitió que la demandante ejecutara (\$3.460.817.852,00) del valor del contrato.

Que la convocada privó a la demandante de la posibilidad de ejecutar el valor restante del contrato que ascendía a (\$3.409.436.790,00) que es la diferencia entre el valor del contrato y el valor ejecutado.

Que en esa misma medida, la convocada privó a la demandante la posibilidad de devengar la utilidad del 4% sobre el valor no ejecutado del contrato (\$3.409.436.790,00).

Luego la utilidad dejada de percibir asciende a (\$274.810.186,00) que corresponde al 4% del valor del contrato.

*Acorde con lo expuesto los perjuicios de lucro cesante por haber sido privado de la posibilidad de ejecutar el 100% del contrato ascienden a **\$274.810.186,00**".*

2.4. Contestación de la demanda reformada.

El veintinueve (29) de mayo de dos mil veintiuno (2021), dentro del término legal, el apoderado de la parte convocada presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda por medios electrónicos. En dicho texto, el apoderado de la parte convocada se opuso a las pretensiones del demandante, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.¹⁵

En cuanto a las pretensiones.

La parte convocada manifestó su oposición a las pretensiones en los siguientes términos:

“III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES.

13. Antes de entrar a pronunciarme respecto de las pretensiones de la demanda, resulta oportuno destacar las significativas variaciones en los conceptos y montos reclamados por Intercont.

14. Dichos cambios no son más que un intento por opacar la evidente falta de fundamentos de su demanda inicial, que fue revelada en nuestra contestación inicial.

15. Sin embargo, el intento es fútil, pues, como se indicó, la reforma presentada resulta ser un escrito defensivo, en el que Intercont echa para atrás sus teorías e intenta desvirtuar la patente causa ilícita que vicia el Contrato.

16. Intercont incluyó la pretensión 4.5, relativa a la supuesta culpa grave con la que actuó Frontera Energy al terminar el contrato con base en la cláusula contractual que le permitía hacerlo. Esto, en un evidente esfuerzo por desconocer la renuncia que hizo al lucro cesante en el contrato.

17. Adicionalmente, Intercont sustituyó la pretensión subsidiaria relativa a los intereses moratorios (4.11), dejando de perseguir la actualización de la retención en garantía para, en su lugar, insistir en reclamar intereses moratorios desde la presentación de la demanda.

¹⁵ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. Documentos Virtuales. Acta 10. Folios 157 al 238.

18. Asimismo, reconociendo lo indicado en nuestra contestación inicial, esto es que Intercont estaba reclamando un doble pago de la utilidad y el IVA, al desconocer la utilidad pagada por lo ejecutado (\$119.338.546) y el IVA (\$22.674.324), Intercont corrige sus pretensiones (4.12 y 4.13) y reduce su monto.

19. Sin embargo, el fundamento mismo de las pretensiones no ha cambiado o, mejor, no se les dio fundamento a tales pretensiones, a la vez que Intercont persistió en sus errores de cálculo; haciendo entonces un cobro de lo no debido y un doble cobro por diferentes conceptos.

20. Finalmente, Intercont renunció a su exótica tesis de la aplicabilidad de la cláusula penal, eliminando las correspondientes pretensiones. Nótese que curiosamente en los fundamentos de derecho la tesis pervive, aunque ningún efecto tenga esto ya para el proceso.

21. Dicho esto, a continuación, me pronuncio sobre las pretensiones de la demanda reformada:

22. A la pretensión 4.1: La celebración del contrato No. 9800003063 del 23 de julio de 2018 no es objeto de discusión. Con todo, el contrato adolece de una causa ilícita, pues fue suscrito por Intercont con la intención de financiar actividades criminales.

23. A la pretensión 4.2: El régimen legal aplicable al contrato le corresponde determinarlo al Honorable Tribunal y no es un asunto transable, por lo que se considera innecesario realizar pronunciamiento.

24. A la pretensión 4.3 y su subsidiaria 4.4: Me opongo. En la demanda no se explica cuál sería la imaginaria causal de ineficacia o nulidad absoluta, lo que impide desvirtuar el argumento de manera concreta. Sin embargo, baste señalar que la cláusula de terminación unilateral anticipada pactada es eficaz, válida y plenamente coherente con el ordenamiento jurídico y la naturaleza del contrato. Además, fue ejercida con estricto apego a lo acordado en el contrato. Por tanto, las pretensiones carecen de fundamento jurídico y fáctico y deben ser desestimadas.

25. A la pretensión 4.5: Me opongo. En primer lugar, la conducta de Frontera Energy fue siempre diligente; de hecho, su diligencia fue la que le imponía la necesidad de terminar un contrato acusado de ser una fuente de financiamiento de grupos delictivos.

26. En segundo lugar, la culpa grave alegada por Intercont radica en el hecho mismo de la terminación del contrato con base en la cláusula 2.32.1. Así, la pretensión es tautológica, pues causa y consecuencia son la misma cosa; es decir, la pretensión de Intercont se puede traducir así: la terminación unilateral y anticipada fue una terminación unilateral y anticipada.

27. La realidad es que la pretensión es un intento fútil por evadir la aplicación de la cláusula 2.10 del contrato, en virtud de la cual Intercont renunció al cobro del lucro cesante. Empero, no existió culpa de ninguna naturaleza en cabeza de Frontera Energy, por lo que el intento es inane.

28. A la pretensión 4.6: Me opongo. La terminación del contrato se realizó conforme a lo dispuesto en el contrato, concediendo un preaviso razonable y reconociendo lo ejecutado por Intercont.

29. A la pretensión 4.7: Me opongo. La restitución de la retención en garantía es una obligación condicional y no se ha verificado la condición. Además, Frontera Energy no tiene certeza de la legalidad de la liberación de dichas sumas, por cuanto conforme a lo establecido por la Fiscalía General de la Nación, los recursos provenientes del contrato estaban siendo utilizados con fines ilícitos por parte de Intercont.

30. A la pretensión 4.8: Me opongo. Corolario de lo indicado, la condena al pago de la retención en garantía es improcedente. Además, en cuanto al valor reclamado, el valor de la retención en garantía en realidad corresponde a la suma de \$173.040.892.

31. A la pretensión 4.9: Me opongo. No existen incumplimientos imputables a Frontera Energy, a la vez que no existen los alegados perjuicios.

32. A la pretensión 4.10 y su subsidiaria 4.11: Me opongo. La pretensión relativa al pago a la retención en garantía carece de fundamento, al igual que estas, que persiguen el pago de intereses. Además, las partes pactaron – válidamente también – que las sumas retenidas no causarían intereses.

33. A la pretensión 4.12: Me opongo. La cláusula 2.32.1 del Contrato es expresa en cuanto a que la terminación unilateral y anticipada del mismo “no causará indemnización ni penalidad alguna a favor del CONTRATISTA”, debiendo reconocerse, como se hizo, solo lo ejecutado. Además, conforme a la cláusula 2.10 del Contrato, se acordó que ninguna de las partes “será responsable por el lucro cesante o daños consecuenciales o indirectos que se le cause a la otra parte, salvo que medie culpa grave o dolo de la Parte causante”.

34. Así, Intercont no ha sufrido ningún perjuicio y no tiene derecho a ningún pago. Por demás, el valor que indica ni siquiera corresponde a la eventual utilidad y consiste en un cálculo amañado y equívoco.

35. A la pretensión 4.13: Me opongo. a la vez que el cobro del IVA sobre la utilidad por obras no ejecutadas, es improcedente al igual que dicha utilidad. Además, el cálculo detrás de este rubro es igualmente errado.

36. A la pretensión 4.14: Me opongo, siendo esta una pretensión consecuencial de las anteriores, las cuales son evidentemente improcedentes.

37. A las pretensiones 4.15 a 4.17: Me opongo. Teniendo en cuenta que las pretensiones de Intercont están condenadas al fracaso, es clara la improcedencia de estas pretensiones consecuenciales. Será Intercont quien tendrá que pagar las costas.”.

En cuanto a las excepciones.

La convocada propuso como excepciones de mérito en su escrito de Contestación de Reforma de la demanda, las siguientes:

1. Causa ilícita del contrato.
2. Eficacia de la cláusula de terminación.
3. Inexistencia de incumplimiento, abuso o culpa grave relacionados con la terminación anticipada.
4. Inexistencia de incumplimiento frente a la retención en garantía.
5. Nadie puede beneficiarse de su propia negligencia.
6. Inexistencia de perjuicios.
7. Improcedencia de cobro de intereses sobre retención en garantía.
8. Pérdida de intereses.
9. Improcedencia del cobro de IVA.
10. *Venire contra factum proprium non valet.*
11. Mala fe y dolo de Intercont.
12. Excepción genérica.

En cuanto al juramento estimatorio.

La parte convocada, presento objeción al juramento estimatorio, en los siguientes términos:

“VII. OBJECCIÓN JURAMENTO ESTIMATORIO.

378. En los términos del artículo 206 del CGP, me permito objetar el juramento estimatorio de la demanda, por cuanto la estimación presentada carece de fundamentos fácticos y jurídicos y responde a pretensiones temerarias. A continuación, los reparos concretos:

379. En cuanto a la retención en garantía: *El valor de la retención corresponde al 5% del valor de cada factura, antes de IVA, conforme a lo dispuesto en el Contrato. Así, Intercont se equivoca al considerar el valor total facturado (\$3.483.492.175).*

380. El valor facturado antes de IVA es de \$3.460.817.848, y la retención en garantía es de \$173.040.892. En consecuencia, el valor pretendido por la retención en garantía es errado y no corresponde a la realidad.

381. En cuanto a los intereses frente a la retención en garantía: *De plano, el Contrato excluye expresamente la causación de intereses sobre las sumas retenidas, pacto que convenientemente ignora Intercont.*

382. Empero, incluso de ser procedentes, lo cierto es que el valor del capital es equívoco, como ya se explicó.

383. Además, es falso que la entrega de la retención tuviera que hacerse el 4 de enero de 2019. Por un lado, el 4 de enero de 2019 es la fecha de remisión del preaviso; no la fecha de terminación del Contrato.

384. Por otro lado, como se ilustró en las excepciones, la entrega de la retención en garantía es una obligación condicional, cuya condición no se ha cumplido y, por ende, no es exigible. Así, Intercont desconoce flagrantemente el Contrato.

385. Lo anterior implica que, ni siquiera con reconvencción judicial puede entenderse que Frontera Energy está en mora de cumplir, por lo que no pueden causarse intereses.

386. Sin perjuicio de ello, nótese que el cálculo exhibido por Intercont parte del 4 de enero de 2019; es decir, ni siquiera toma la fecha de terminación del Contrato, sino la fecha del preaviso.

387. Adicionalmente, dado que la fórmula de liquidación de intereses no es expresada, no es posible objetarla en concreto.

388. No obstante, al realizar nuestra propia liquidación se encuentra que la planteada en la demanda es significativamente superior (cerca de un 13% más), lo que nos lleva a concluir que Intercont está cobrando intereses que sobrepasan los límites legales.

389. En consecuencia, en el remoto caso en el que el Tribunal considerara procedente la condena por intereses perseguida, Intercont sería acreedor de las sanciones establecidas en el artículo 72 de la ley 45 de 1990, a saber:

“Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual”.

390. Por ende, de concederse – equívocamente – la pretensión de Intercont, el Tribunal deberá declarar la pérdida de los intereses cobrados en exceso y otro tanto, a título de sanción.

391. En cuanto al lucro cesante: No existe ningún lucro cesante para Intercont, pues como se vio, Frontera “no se obliga a solicitar un mínimo o máximo de Servicios ni a ejecutar la totalidad del valor máximo que aparece en la carátula del Contrato”. Dicho valor es un mero referente, es una “suma que corresponde única y exclusivamente al estimado presupuestal de LA COMPAÑÍA”.

392. Así, el perjuicio alegado, en el mejor de los casos es un perjuicio incierto y no indemnizable. Además, conforme a la cláusula 2.10 del Contrato, Intercont renunció al cobro de este concepto.

393. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que, limitándonos a los cálculos presentados en la demanda, estos son evidentemente errados.

394. Primero, esta vez Intercont calcula la supuesta utilidad dejada de percibir, estimándola en el 4% del que alega es el saldo del valor máximo del Contrato (\$3.409.436.790). Sin embargo, la diferencia entre el estimado presupuestal (\$6.870.254.642) y el valor ejecutado (\$3.483.492.175) es de \$3.386.762.467. En consecuencia, de plano la base usada por Intercont para su cálculo es errada.

395. Segundo, para agravar la situación, esa misma base está contemplando no los costos directos, sino que incluye el AIU y el IVA. Empero, como está previsto

en el Contrato y se aplicó en las diferentes actas, la utilidad debe calcularse sobre los costos directos de las obras efectivamente ejecutadas.

396. Aquí, ni hubo costos directos, pues no hubo obras ejecutadas, ni se tomó el teórico valor de los costos directos. Así, la base usada para el cálculo del hipotético lucro cesante es doblemente errada y elimina todo valor probatorio que pudiere llegar a tener el juramento estimatorio.

397. Así, pese a los cambios en los montos pretendidos por Intercont, la temeridad resaltada en la contestación inicial no se desvirtúa, pues Intercont insiste en inflar cifras, a sabiendas de que, además de responder a perjuicios inexistentes, no son respetuosas del Contrato.

398. Finalmente, en cuanto al cobro del IVA, el cual no fue estimado en el juramento, debe destacarse que padece los mismos yerros del lucro cesante, por lo que corre la misma suerte de este; su irremediable rechazo.

399. En suma, ni uno solo de los cálculos presentados en la demanda es confiable. Por tanto, insistimos en que, ante los errores y la ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos tan ostensibles, el Honorable Tribunal debe imponer en contra de Intercont las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP.”.

2.5. Pruebas decretadas y practicadas

Por Auto No. 13 de diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal decretó las pruebas pedidas por las partes en el presente proceso, salvo la exhibición solicitada por la parte convocante (Acta No. 10).¹⁶

Pruebas documentales

Se decretaron como pruebas documentales las que fueron aportadas con los escritos de la demanda reformada, la correspondiente contestación, y el escrito mediante el cual el apoderado de la parte Convocante recorrió el traslado de las excepciones.¹⁷

Interrogatorio y declaración de parte.

El Tribunal decretó el interrogatorio del Representante Legal de **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, el cual fue solicitado por la parte Convocante. De igual forma decretó la declaración de parte conforme a lo solicitado por la parte convocada. Dichas pruebas fueron practicadas el ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), y en calidad de Representante Legal de la Convocada se hizo presente el señor **JORGE PAREDES TAMAYO**. (Acta No. 11 folio 431)¹⁸.

Por otra parte, a solicitud de la parte Convocada, se decretó el Interrogatorio de Parte del señor **MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTISTEBAN**, representante legal de

¹⁶ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 2. Documentos Virtuales. Acta No. 10. Folios 315 al 354.

¹⁷ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas.

¹⁸ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 2. Documentos Virtuales. Acta No. 11 (Práctica de Pruebas). Folios 427 al 466.

INTERCONT SERVICE S.A.S. La práctica de esta prueba se llevó a cabo el nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), tal como consta en el Acta No 12.

Testimonios.

(i) Testimonios solicitados por la parte Convocante

El Tribunal decretó los testimonios de: LEIDY LORENA ROJAS RINCÓN, ALEXANDER RIVAS, JULIÁN RENÉ GÓMEZ MARTÍNEZ, OMAR RANGEL SÁNCHEZ, JAHIRCIÑO ALDANA GRANADOS, JOHANA CAROLINA DÍAZ, PEDRO ENRIQUE VIVAS CIFUENTES, CELINA MORALES CARDOSO Y OMAR GIOVANNY RAMÍREZ BOJACÁ, los cuales fueron solicitados por la parte Convocante.

Sin embargo, la parte Convocante mediante memorial de fecha veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), desistió del testimonio de los señores JAVIER GUERRERO ANTOLÍNEZ y CARLOS ALBERTO CAMARGO PEREZ. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 16 de veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Posteriormente, la Convocante mediante memorial de cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021), desistió del testimonio de los señores OMAR RANGEL SÁNCHEZ, JAHIRCIÑO ALDANA, JOHANNA CAROLINA DÍAZ, PEDRO ENRIQUE VIVAS CIFUENTES, CELINA MORALES CARDOZO, OMAR GIOVANNY RAMÍREZ Y ALEXANDER RIVAS. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 26 de cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

(ii) Testimonios solicitados por la parte Convocada

Respecto de las declaraciones solicitadas por la parte Convocada, se decretaron los siguientes: CARLOS RUANO MEDINA, DIDIER PEDRAZA MARÍN, JULIÁN RENÉ MARTÍNEZ GÓMEZ, JULIÁN ANDRÉS ÁVILA BOLAÑOS, DIANA MARCELA FUENTES RAMÍREZ, MARTA LIGIA GARCÍA CUELLO, JOSÉ MANUEL GUZMÁN CLAROS, LIDA MARITZA TRUJILLO LANCHEROS, LUZ MARÍA ZEA CABRERA, JUAN PABLO RÚGELES MANTILLA, JORGE ENRIQUE PAREDES TAMAYO, YAMILE ASTRID BERMÚDEZ OSPINA, FERNANDO PINEDA SOLARTE, MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTISTEBAN Y CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ.

La parte Convocante en audiencia de nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), desistió de la práctica del testimonio del señor MIGUEL ÁNGEL RINCÓN SANTISTEBAN, siendo aceptado el desistimiento por el Tribunal, mediante Auto No. 18 de nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

La parte Convocada, mediante memorial de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), desistió del testimonio de la señora DIANA MARCELA FUENTES RAMÍREZ. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 15 de veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Igualmente, la parte Convocada en audiencia de veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), desistió de los testimonios de los señores JOSÉ MANUEL GUZMÁN

CLAROS y LIDA MARTIZA TRUJILLO LANCHEROS. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 16 de veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Posteriormente, la parte Convocada mediante memorial de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), desistió del testimonio de los señores VÍCTOR HUGO PARRA ANTOLÍNEZ, JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ JIMÉNEZ Y JESÚS LEAL SALCEDO. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 25 de treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

La parte Convocada, nuevamente mediante memorial de fecha trece (13) de octubre de dos mil veintiuno (2021), desistió del testimonio de la señora CARMEN IRAIDA SALCEDO GUTIÉRREZ. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 27 de catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Las diligencias de práctica de los testimonios se llevaron a cabo en audiencias que fueron realizadas los días catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No 13), quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No 14), veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No. 15), veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No. 16), treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No. 18) y catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No. 20).

Exhibición documental en poder de la convocada.

Mediante Auto No 13 de diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal negó por impertinentes e inútiles las exhibiciones documentales solicitadas por la parte Convocante, a cargo de FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA, con las cuales se solicitaba que esta parte exhibiera:

- (i) *“Los documentos que demuestren la relación de la parte Convocada con la contratista INGELECTRISIS LTDA NIT. 900.244.652-4 durante los años 2019 y 2020, específicamente todos los pagos realizados a esta compañía en ese lapso, las facturas presentadas por esta compañía, y las liquidaciones parciales y finales que sustentan las mismas facturas. Con el fin de demostrar que FRONTERA continuó ejecutando las obras con la contratista INGELECTRISIS LTDA.*
- (ii) *“1. El contrato, sus adiciones, modificaciones, otrosíes, que la convocada celebró con INGELECTRISIS LIDA Nit. No. 900.244.652- 4, subsiguiente a la terminación del contrato de la demandante, para la ejecución del resto de las obras del objeto contractual del contrato celebrado con la actora, de acuerdo con la confesión de la convocada cuando respondió los hechos 122 y 123 de la demanda (numeral 270 de la contestación).
2. El acta de inicio, las liquidaciones parciales, y la liquidación final de dicho contrato.
3. Las facturas presentadas por INGELECTRISIS LTDA y los pagos correspondientes”.*

El Tribunal negó estas pruebas considerando que las mismas no se relacionan con las pretensiones de la demanda reformada.

Exhibición de documentos a cargo de la convocante.

El Tribunal decretó como prueba la exhibición de los documentos solicitados por la Convocada, los cuales se encontraban en poder de **INTERCONT SERVICE S.A.S.** como parte Convocante.

Dichos documentos se relacionaron de la siguiente manera conforme a lo solicitado por la Convocada:

- “1. Estados financieros de Intercont correspondientes a los años 2017, 2018, 2019, 2020 y los parciales del año 2021.*
- 2. Libros de contabilidad de Intercont correspondientes a los años 2017, 2018, 2019, 2020 y los parciales del año 2021. La diligencia se practicará en los términos del artículo 268 del C.G.P., y se limitará a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales.*
- 3. Libros de accionistas o socios de Intercont desde el año 2017 hasta la fecha.*
- 4. Comprobantes y soportes de todas las partidas asentadas en la contabilidad en relación con el Contrato y todos los subcontratos celebrados con subcontratistas de Intercont, en particular, aquellos documentos relacionados con servicios y pagos en favor de Ferney Salcedo Gutiérrez, Yulivel Leal Oros, Jesús Leal Salcedo, Miguel Ángel Rincón Santisteban, Carmen Iraida Salcedo Gutiérrez, Josue Eliecer Rincón Duarte, María Teresa Rincón Duarte, Jerónimo Salcedo Betancourt.*
- 5. Contratos suscritos entre Intercont y Ferney Salcedo Gutiérrez, Yulivel Leal Oros, Jesús Leal Salcedo, Miguel Ángel Rincón Santisteban, Carmen Iraida Salcedo Gutiérrez, Josue Eliecer Rincón Duarte, María Teresa Rincón Duarte, Jerónimo Salcedo Betancourt; junto con sus soportes, facturas y cuentas de cobro.*
- 6. Declaraciones de renta presentadas por Intercont entre 2017 y 2020.*
- 7. Declaraciones de IVA presentadas por Intercont entre 2017 y 2020.*
- 8. De todos y cada uno de los comprobantes y soportes que acrediten la prestación de los servicios prestados por el señor Ferney Salcedo, y cada uno de los pagos efectuados en favor del señor Salcedo.*
- 9. Acto administrativo que habilita a Intercont para prestar el servicio público de transporte automotor en la modalidad de carga.”*

Dicha diligencia fue convocada inicialmente para el ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021); sin embargo, la parte Convocada pidió un plazo adicional para realizar la entrega de la documentación, plazo que fue concedido por el Tribunal. En este sentido, la diligencia de exhibición documental se llevó a cabo el catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021), tal como consta en el Acta No 20.

Informes decretados

Conforme a lo solicitado por la parte Convocada, el Tribunal decretó como pruebas:

- (i) Oficiar al Ministerio de Defensa para que remitiera un informe certificando sobre el número de convenios de colaboración suscritos con empresas del sector de hidrocarburos, desde el año 2015 a la fecha, y para que suministrará copia del “cuerpo principal estándar” de dichos convenios. Esta información fue entregada el veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), y se corrió traslado a las partes mediante Auto No 21 de veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No 16).

En consecuencia, el veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el apoderado de la parte Convocada, al pronunciarse sobre la información aportada por el Ministerio, indicó que la misma no estaba completa, y en consecuencia solicitó al Tribunal que se requiriera nuevamente a esta entidad con el fin de solicitar se complementara su informe.

Por Auto No 25, de treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal ordenó oficiar nuevamente al citado Ministerio a efectos de complementar la información. Conforme con lo anterior, el veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021), de conformidad con lo ordenado por el Tribunal, el Ministerio de Defensa Nacional allegó respuesta a lo ordenado por el Tribunal. El mencionado escrito fue puesto en conocimiento de las partes el veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

- (ii) De igual forma, se decretó oficiar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – para que allegara informe sobre el cumplimiento de Intercont de las normas tributarias y adjuntara las declaraciones de impuestos presentadas por dicha compañía, desde 2017 hasta la fecha.

El dos (2) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, dio respuesta al requerimiento realizado, indicando lo siguiente: “En atención a su solicitud radicada en el buzón conforme al Auto No 13 contenido en el Acta No 10 de fecha diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Arbitral integrado por los doctores CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Presidente, EDGARDO VILLAMIL PORTILLA y LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ, para resolver las diferencias entre el INTERCONT SERVICE S.A.S. como parte convocante y FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA, como parte Convocada para que se expida copia de las declaraciones tributarias presentadas por INTERCONT SERVICE SAS NIT 901094801, una vez consultados nuestros aplicativos, se pudo verificar que la mencionada sociedad no ha presentado declaraciones tributarias”.

De dicha comunicación se corrió traslado a las partes mediante Auto No 16 de ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Por su parte el apoderado de la Convocada, al descorrer el traslado, con fecha diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), aportó las declaraciones de renta correspondientes a los periodos 2017, 2018, 2019 y 2020 y Declaraciones de IVA de los periodos 1, 2 y 3 de la vigencia 2017, periodos 1, 2 y 3 de la vigencia 2018, periodos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la vigencia 2019 y periodos 1, 2, y 3 de la vigencia 2020, de su representada.

El apoderado de la Convocada, con fecha trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), solicitó: “... *en atención a lo dispuesto en auto No. 16 del 8 de septiembre de 2021, por medio del cual se ordenó poner en conocimiento de las partes el informe rendido por la DIAN, respetuosamente solicitamos al Tribunal incorporar la prueba por informe al expediente y que se le dé el valor probatorio que en derecho corresponda, conforme a los artículos 275 y siguientes del Código General del Proceso*”.

Dictamen Pericial

Por Auto No 13 de diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), se decretó la práctica de un dictamen pericial de parte contable y financiero, de conformidad con lo solicitado por la parte Convocada.

En consecuencia, tal como lo solicitó la Convocada, una vez cumplida la exhibición documental el Tribunal, fijó un plazo para la entrega de dicho dictamen mediante Auto No 28 de catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Asimismo, el apoderado de la Parte Convocada, mediante memorial de fecha veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021), en el que, al referirse al aporte de los documentos por la Convocante, indicó que no estaban completos, y en consecuencia solicitó al Tribunal: “12. Así las cosas, se tiene que la información exhibida no es completa, por lo que deberán aplicarse las consecuencias del Código General del Proceso”.

En consecuencia, el Tribunal de conformidad con las normas procesales aplicables, mediante Auto No 29 de dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), requirió la Convocante a prestar colaboración a su contraparte con la entrega de los documentos y concedió un término adicional a la Convocada para la entrega de su dictamen pericial (Acta No 21).

Conforme con lo anterior, el treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el apoderado de la parte Convocada, dentro del término otorgado por el Tribunal, presentó dictamen pericial rendido por la firma Íntegra Consultores.

Del mismo se corrió traslado a la parte Convocante, mediante Auto No 30 de dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) (Acta No 22), quien solicitó al Tribunal mediante memorial de fecha siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), citar al perito de la Convocada para que rinda interrogatorio, y la ampliación del plazo para el aporte de un dictamen pericial de contradicción, el cual fue concedido por el Tribunal por Auto No 31 de quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Asimismo, la parte Convocante, dentro del término de traslado del mencionado dictamen, con fecha veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022) aportó dictamen pericial de contradicción elaborado por el perito CÉSAR AUGUSTO ARANGUREN ILLESCAS. A su vez el apoderado de la parte Convocada, mediante memorial de fecha veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022), solicitó al Tribunal convocar a dicho perito para que rinda interrogatorio.

En consecuencia, mediante Auto No 35 de fecha veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022) (Acta No 27), el Tribunal ordenó la citación de los peritos de las partes a interrogatorio, para el tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Previo a la realización de dicha diligencia, el treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022), el apoderado de la parte Convocante desistió del interrogatorio de los peritos JULIO CESAR CHAPARRO CASTRO y GUILLERMO LUCAS URREGO, quienes elaboraron el dictamen aportado por FRONTERA ENRGY CORP SUCURSAL COLOMBIA.

En consecuencia, el tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022), por Auto No 36 (Acta 28), fue aceptado por el Tribunal el desistimiento del interrogatorio de los citados peritos. En la misma fecha se llevó a cabo el interrogatorio del perito Ing. CÉSAR AUGUSTO ARANGUREN ILLESCAS, respecto del dictamen pericial de contradicción aportado por la parte Convocante.

Cierre de la etapa probatoria.

El tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022) (Acta No 28), en audiencia a la cual asistieron los apoderados de las partes, el Tribunal, con fundamento en el artículo 132 del Código General del Proceso, realizó control de legalidad respecto de sus actuaciones y del desarrollo del presente trámite arbitral, sin encontrar irregularidad que afectara de nulidad lo actuado, frente a lo cual los apoderados de las partes manifestaron su acuerdo.

De igual forma, teniendo en cuenta que fueron practicadas todas las pruebas, mediante Auto No. 37 de la misma fecha, se procedió a decretar el cierre de la etapa probatoria y fijar fecha para la realización de la audiencia de alegatos por las partes.

2.6. Alegatos de conclusión.

En audiencia realizada el veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022) (Acta No 30), los apoderados de las partes, de manera oral, presentaron sus respectivos alegatos de conclusión y aportaron con destino al expediente un resumen escrito de los mismos.

El Tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos y su resultado se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales llega el Tribunal en relación con los puntos objeto de este proceso y que en este laudo más adelante deja consignadas.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. Presupuestos Procesales

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y para proferir pronunciamiento de fondo; así mismo, observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales y no advierte

causal alguna de nulidad, por lo que puede dictar laudo, el cual, de acuerdo con lo previsto en el pacto arbitral, se profiere en derecho.

En efecto, se acreditó:

Demanda en forma

En su oportunidad el Tribunal Arbitral verificó los requisitos de la demanda presentada y con posterioridad realizó el pronunciamiento correspondiente sobre el escrito de reforma de la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal mediante Auto No. 6 de seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021), surtiendo el trámite correspondiente, sin inconformidad de las partes.

Capacidad

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto la parte Convocante como la parte Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso, su existencia y representación legal está debidamente acreditada y tienen capacidad para disponer por cuanto en la documentación no aparece restricción alguna. Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderado debidamente constituido.

Competencia

En la primera audiencia de trámite, mediante Auto No. 12 de diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021) (Acta No 10), el Tribunal decidió:

“PRIMERO: DECLARAR la competencia del Tribunal para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la demanda arbitral reformada y su contestación. ”.

Sin que las partes se opusieran a dicha declaratoria, es clara la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre las pretensiones y excepciones que le fueron presentadas en desarrollo del presente trámite arbitral.

Por otra parte, el Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral, así como que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue señalado por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales tal y como lo ordena el artículo 132 del C.G.P. El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia de veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022), una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los señores apoderados de las Partes manifestaron estar de acuerdo con el mismo (Acta 29).

En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, no existe defecto alguno en la actuación surtida o que imponga la aplicación del artículo 137 del Código General del Proceso, por lo cual resulta procedente decidir de mérito la controversia sometida por las partes a arbitraje.

Término para fallar

Como quiera que las partes no pactaron nada distinto, al tenor de lo indicado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, modificado por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo 2020, el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que debe proferirse el laudo y notificarse incluso, una eventual providencia que resuelve solicitud de su aclaración, corrección o adición.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el término de duración del proceso culmina el diez (10) de abril de dos mil veintidós (2022).

En consecuencia, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

3.2. Consideraciones del Tribunal

3.2.1. De las pretensiones 4.1. y 4.2. de la demanda reformada

Las pretensiones:

“4.1. Declaren que la convocada FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP., SUCURSAL COLOMBIA y la demandante INTERCONT SERVICE SAS celebraron el contrato No. 9800003063 fechado 23 de julio de 2018, adjunto a la demanda.

4.2. Declaren que el contrato referido es mercantil y se gobierna por las normas de éste régimen legal”.

Posición de la Parte Convocante:

En las pretensiones 4.1., y 4.2. de la demanda reformada,¹⁹ solicita INTERCONT que se declare por el Tribunal que el día 23 de julio de 2018, se celebró entre dicha compañía y FRONTERA, el contrato distinguido con el N° 9800003063; así como que, dicho contrato es de naturaleza mercantil y que, como tal, el mismo debe ser gobernado por las normas de dicho régimen legal.

Para sustentar sus pretensiones, afirmó en el hecho 5.14 de la demanda reformada,²⁰ que *“... FRONTERA ENERGY COLOMBIA, como contratante, e INTERCONT SERVICE SAS como contratista, suscribieron el contrato No. 9800003063 que tenía por objeto “Actividades de mantenimiento y reconstrucción de las vías internas, el mantenimiento o adecuación de todas las áreas de facilidades o infraestructura en el campo Cubiro”, con fecha 23 de julio de 2018.”*

Y en los hechos, 5.15, 5.16, 5.17 y 5.18 de su escrito de reforma,²¹ mencionó algunos detalles adicionales sobre el valor del mencionado contrato; sobre el AIU previsto en él; así como lo relativo al término de su duración; y en el hecho 5.21, se refirió

¹⁹ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folio 93.

²⁰ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folio 98.

²¹ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folios 98 y 99.

específicamente al otrosí No. 1, fechado el 30 de agosto de 2018, por medio del cual fue modificado por los contratantes el valor del contrato;²² en el Hecho 5.22, enumeró lo anexos que formaban parte del mismo, los cuales, dijo, fueron “... (E)structurados previamente al contrato e impuestos por la convocada”²³

Posición de la parte Convocada:

Por su parte, FRONTERA, al contestar la reforma de la demanda, al referirse a la pretensión 4.1., admitió que “...**(L) a celebración del contrato No. 9800003063 del 23 de julio de 2018 no es objeto de discusión.** Con todo, el contrato adolece de una causa ilícita, pues fue suscrito por Intercont con la intención de financiar actividades criminales”²⁴ (Se destaca)

Y al contestar el hecho 5.21., expresó que el mismo era cierto, y aclaró que “... (E)l valor del Contrato fue modificado, presupuestándose valores adicionales que, en todo caso, no alteraban que el valor real sería el derivado de las obras efectivamente ejecutadas”²⁵

Respecto del hecho 5.22, manifestó que se remitía al texto de la cláusula 1.22 y rechazó las apreciaciones del INTERCONT acerca de que tales anexos “... (F)ueron impuestos por Frontera Energy (...) pues Intercont tuvo oportunidad para analizarlos y estuvo de acuerdo con su contenido”²⁶

Y en sus alegatos de conclusión,²⁷ ambas partes manifestaron que el tema de la celebración del contrato no tiene controversia entre ellos, ratificando así su conformidad con el mismo.

Consideraciones del Tribunal:

1. Para el Tribunal, la celebración del contrato No. 9800003063, de veintitrés (23) de julio de dos mil dieciocho (2018), que es objeto del presente proceso arbitral, fue inequívocamente admitida por ambas partes resultando así un tema pacífico entre ellas, por lo cual, para todos los efectos del presente laudo arbitral, así lo tendrá por demostrado y lo declarará en su parte resolutive al despachar favorablemente la pretensión 4.1. de la reforma de la demanda.

2. En la pretensión 4.2., INTERCONT solicitó al Tribunal que se declare que el referido contrato es de naturaleza mercantil y que, como tal, debe ser regulado por las normas mercantiles.

²² Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folio 99.

²³ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folio 100.

²⁴ Código General del Proceso, artículo 96, numeral 2.

²⁵ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 08. 124838 Principal 2 – Folios 157-238 Contestación Reforma Demanda, Folio 174.

²⁶ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 08. 124838 Principal 2 – Folios 157-238 Contestación Reforma Demanda, Folio 174.

FRONTERA, respecto de este hecho, contestó que "... (E)l régimen legal aplicable al contrato le corresponde determinarlo al Honorable Tribunal y no es un asunto transable, por lo que se considera innecesario efectuar pronunciamiento"²⁸

3. Para resolver esta pretensión, el Tribunal considera que en el presente proceso se encuentra plenamente acreditado, -con los certificados de existencia y representación legal que se adosaron al expediente junto con la demanda, su reforma y sus respectivas contestaciones-²⁹ que sí se demostró que ambas partes son comerciantes,³⁰ lo que impone que, por tratarse de asuntos mercantiles,³¹ los mismos, tal como lo establece la ley, deben estar regidos y regulados por las reglas especiales contenidas en el Código de Comercio y demás normas que, en concordancia con ellas y por encontrarse incorporadas al contrato debatido, resulten aplicables.³²

En ese sentido y por tratarse de un negocio mercantil que debe regirse exclusivamente por las normas contenidas en el Código de Comercio y demás normas concordantes con ellas que resulten aplicables, el Tribunal también acogerá favorablemente esta pretensión y así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo arbitral.

3.2.2. De la pretensión 4.3. de la demanda reformada

La Pretensión:

"4.3. Declaren ineficaz la cláusula "2.32.1. TERMINACIÓN UNILATERAL ANTICIPADA" de las condiciones generales de dicho contrato".

Para resolver la pretensión 4.3., debe el Tribunal hacer un estudio sobre el supuesto abuso del dominio de la posición contractual llevada a cabo por la convocada y respecto de la validez de la cláusula 2.32.1. del contrato suscrito entre las partes, relativo a la terminación unilateral del Contrato.

(i) Sobre el abuso de la posición de dominio contractual

Posición de la parte convocante

Indica la convocante que, durante la etapa precontractual, así como en la celebración del contrato y en la realización de sus modificaciones, la convocada actuó con posición de dominio pues fijó todas las condiciones contractuales, y la contratista no podía más que adherir a dichas condiciones.

Aduce que la cláusula de terminación unilateral anticipada y de limitación de responsabilidad prevista en el numeral 2.32.1. es ineficaz, y entraña un ejercicio abusivo e ilimitado de la autonomía negocial en perjuicio exclusivo de una de las partes del convenio, vulnera la justicia y la equidad del acuerdo, y en consecuencia no puede producir efectos frente a las partes del contrato, especialmente frente a la demandante.

²⁸ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 08. 124838 Principal 2 – Folios 157-238 Contestación Reforma Demanda, Folio 165.

²⁹ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 1. Archivos: 3 0002 Certificado existencia INTERCONT; 4 0003 Certificado Existencia FRONTERA.

³⁰ Código de Comercio, artículo 117

³¹ Código de Comercio, artículo 1º

³² Ley 153 de 1887, artículo 38

Afirma que dicha cláusula le otorga a la convocada facultad ilimitadas que la facultan para terminar el contrato sin justificación, sin penalidad, exonerándola de la obligación natural de pagar indemnización de perjuicios. Es ineficaz porque sitúa a la contratista en una situación de desventaja y la somete a la arbitrariedad de la contratante y la despoja de los derechos mínimos para reclamar el interés del contrato, las indemnizaciones de los perjuicios sufridos y las penalidades a su favor.

Asevera que el abuso y dominación se evidencia aún más cuando se observa que el contratista debía ejecutar las obras con sus propios recursos, que la contratante no anticipaba ni un peso para la ejecución de estas. Además, por cuanto quedó facultada para retener en todo pago a la contratista un 5% a título de retención en garantía de cumplimiento, y sometida también a pagar una cláusula penal del 20% a título de sanción y adicionalmente indemnización de perjuicios en caso de ocasionarlos.

Concluye indicando que si no fuera ineficaz la cláusula mencionada al menos sería nula de nulidad absoluta, pues vulnera los artículos 83 y 333 inciso 4 e la Constitución Política; 1603 del C.C. de conformidad con la integración normativa autorizada en el artículo 822 del C. de Co.; así como los artículos 830 y 871 del C. de Co. Además, porque desatiende los deberes de probidad, lealtad y buena fe de las partes del contrato, así como la prohibición de abusar de sus derechos.

Posición de la parte convocada

En la contestación de la reforma de la demanda, la convocada aduce que la cláusula de terminación unilateral anticipada pactada es eficaz, válida y plenamente coherente con el ordenamiento jurídico y la naturaleza del contrato. Además, fue ejercida con estricto apego a lo acordado en el contrato. Por tanto, las pretensiones carecen de fundamento jurídico y fáctico y deben ser desestimadas.

Indica que Intercont participó libremente en el proceso de contratación, formuló una oferta, definió el valor de la misma y consintió en la celebración del contrato. Aquí no estamos en un escenario de David contra Goliat, estamos ante dos comerciantes celebrando un negocio a consciencia y con conocimiento. Al menos eso pensaba Frontera Energy al momento de celebrar el Contrato, pues la realidad es que, al parecer, Intercont entró al negocio con intenciones non sanctas que solo fueron conocidas posteriormente.

Asevera que la cláusula de terminación unilateral anticipada en cuestión se encuentra incorporada en la mayoría de los contratos suscritos por Frontera Energy, por cuanto se trata de una condición de suma relevancia para la empresa, que le permite gestionar de manera oportuna la incertidumbre y riesgos de la industria de hidrocarburos. Dicha cláusula fue válidamente acordada por las partes y es plenamente eficaz, conforme al ordenamiento jurídico.

Explica que cuando Frontera Energy tuvo conocimiento de la captura de los representantes legales de Intercont, obró con absoluta cautela, como se esperaría, ordenó que no se adelantara ninguna actividad nueva, limitándose las obras a aquellas en curso. En efecto, Frontera Energy no podía ignorar la situación y continuar ejecutando el Contrato sin entender a cabalidad lo sucedido y el motivo de la captura de estas personas. Realizado el análisis interno y conocidos los cargos imputados a los representantes legales de Intercont, el 4 de enero de 2019, Frontera Energy optó por terminar el Contrato con base en la cláusula de terminación unilateral prevista en el.

Conforme a lo pactado, Frontera Energy concedió un preaviso de 30 días, de tal forma que el Contrato terminó el 3 de febrero de 2019. Valga destacar que, en su respuesta, el señor Rincón no objetó ni se opuso a la terminación.

Concluye, que la cláusula de terminación unilateral es válida y su ejercicio – acorde a derecho – no ocasionó perjuicio alguno a Intercont, en tanto las obras efectivamente ejecutadas fueron pagadas, como lo dispone el mismo Contrato.

Propuso la excepción de: “B. Eficacia de la cláusula de terminación”, con fundamento en que la cláusula 2.32.1 del Contrato, atacada por Intercont, prevé la facultad de Frontera Energy de terminar unilateralmente el Contrato, en cualquier momento, dando aviso escrito al contratista con 30 días calendario de anticipación. Asimismo, prevé que la terminación por esta vía no dará lugar a indemnización ni penalidad alguna en favor del contratista, sin perjuicio del pago de las obras o actividades efectivamente ejecutadas. Este tipo de cláusulas son plenamente validas y eficaces, conforme al ordenamiento jurídico, como lo sostiene reiterada y unánimemente la jurisprudencia.

Además, la cláusula no genera perjuicio alguno al contratista, pues contiene un preaviso razonable y el reconocimiento de lo ejecutado. No existe causal de ineficacia o nulidad que pueda afectar la cláusula de terminación anticipada, la cual, por demás, fue conocida, estudiada y consentida por Intercont, en ejercicio de la autonomía negocial.

Afirma que, así las cosas, las alegaciones de Intercont no son más que argumentaciones caprichosas y acomodaticias para intentar justificar el cobro de ilusorios e inexistentes perjuicios. Por tanto, las pretensiones de la demanda deben ser desechadas.

Consideraciones del Tribunal

Cabe recordar en primer lugar, que el abuso de la posición de dominio contractual y la teoría de las cláusulas abusivas, tienen soporte fundamental en la teoría del abuso del derecho, en la interdicción del enriquecimiento sin causa y el postulado de la buena fe, como parámetros restrictivos y correctores de la autonomía privada. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

*“El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos. (...) La lealtad, corrección, probidad, buena fe y el abuso del derecho, son parámetros restrictivos y correctores de la autonomía privada. (...) La buena fe y la proscripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, a punto de ser instrumentos valiosos para controlar el negocio jurídico y el ejercicio de las facultades de terminación unilateral, legales o negociales, en función del justo equilibrio y proporción según el contrato y la solidaridad social. (...) El abuso, conducta disfuncional en beneficio exclusivo del titular y sacrificio desproporcionado de la contraparte, altera la función objetiva y esquema estructural del derecho. (...) El juzgador, debe actuar para impedir la consecución o conservación de la asimétrica ventaja, a la luz de los principios constitucionales, legales, función social, la ausencia de derechos absolutos, correlación del poder conferido, ejercicio y su función”.*³³

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

La proscripción del abuso del derecho se encuentra consagrada en nuestra Constitución, artículo 95, numeral primero, al disponer que son deberes del ciudadano *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”*. Prohibición del abuso del derecho que igualmente resulta del contenido de los artículos 80 de la Ley 153 de 1887 y 830 del Código de Comercio, desarrollados y cimentados de tiempo atrás por reiterada doctrina de Corte Suprema de Justicia, que ha precisado que la responsabilidad por abuso del derecho puede tener origen no solo en el dolo, sino en comportamientos como la desviación del derecho de su función social o el exceso en su ejercicio, el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien ejerce de una u otra forma una posición dominante e impone las condiciones del contrato, la ausencia de un interés legítimo o serio y la anormalidad o desviación del mismo (G.J., T. CCXXXI, pág. 709).

Con relación a lo dispuesto en el Código de Comercio, artículo 830, que indica que: *“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*, la Corte Suprema de Justicia consideró que *“...los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que le son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo lo regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el art. 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes “de la persona y del ciudadano”, amén de manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida que este reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación. Así pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparte de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.”*³⁴

De otro lado, sobre el principio de buena fe, la Constitución Política, artículo 83, dispone que es aplicable a las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades, y la presume al igual que nuestro Código Civil, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria (art. 769). Disposiciones que armonizan con lo establecido en el Código de Comercio, artículo 871, sobre los contratos en particular, al disponer que deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Sobre la buena fe y la proscripción del abuso del derecho en las relaciones contractuales, la Corte suprema de Justicia ha considerado que *“La buena fe y la prescripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, a punto de ser instrumentos valiosos para controlar el negocio jurídico y el ejercicio de las facultades de terminación unilateral, legales o negociales, en función del justo equilibrio y proporción según el contrato y la solidaridad social. El abuso, conducta disfuncional en beneficio exclusivo del titular y sacrificio desproporcionado de la contraparte, altera la función objetiva y esquema estructural del derecho. El juzgador, debe actuar para impedir la consecución o conservación de la asimétrica ventaja, a la*

³⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2000.

*luz de los principios constitucionales, legales, función social, la ausencia de derechos absolutos, correlación del poder conferido, ejercicio y su función”.*³⁵

Y, sobre las cláusulas abusivas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de febrero de 2001, exp. 5670, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, las definió como aquellas que reúnen las siguientes características: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -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.

En el caso concreto, la convocante ataca de ineficaz o nula únicamente la cláusula de terminación unilateral del contrato, que dispone que: “2.32.1 *TERMINACION UNILATERAL ANTICIPADA. LA COMPAÑIA, podrá de manera unilateral dar por terminado el Contrato, en cualquier momento, antes del vencimiento del Contrato, dando aviso escrito al CONTRATISTA con por lo menos treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha efectiva de terminación. Esta forma de terminación unilateral se entenderá como justa causa y no causará indemnización ni penalidad alguna a favor del CONTRATISTA. LA COMPAÑIA sólo estará obligada a pagar al CONTRATISTA lo efectivamente ejecutado por este a satisfacción de LA COMPAÑIA hasta la fecha efectiva de terminación”.*

Uno de los fundamentos de la alegada ineficacia de la citada cláusula de terminación unilateral y anticipada del contrato, es el ejercicio abusivo e ilimitado de la autonomía comercial de la contratante, en perjuicio exclusivo de la contratista, teniendo en cuenta que esta solo se adhirió al texto contractual impuesto por aquella.

En efecto, se soporta la ineficacia bajo el entendimiento de que la cláusula en comento fue impuesta por la contratante en ejercicio de posición de dominio contractual, “*pues fijo todas las condiciones contractuales y la contratista no podía más que adherir a dichas condiciones*”, tratando de extender, indebidamente, la presunción ajustada para los contratos de servicios públicos celebrados bajo condiciones uniformes (Ley 142 de 1994, artículos 132 y 133.2).

Al respecto, considera el Tribunal la imposibilidad de tratar de equiparar el contrato para la prestación de servicios públicos con el que es objeto del proceso, por la estructura y diferencia de finalidades que cada uno presenta, que impiden un tratamiento analógico con respecto a la presunción dispuesta por el legislador para aquellos. No encuentra el Tribunal que el contrato que nos ocupa se encuentre estipulado bajo condiciones uniformes para la contratación masiva de prestación, distribución o producción de bienes y servicios, ni el contratista actúa en este caso como consumidor de servicio público o privado. En el caso, INTERCONT contrató en ejercicio de su actividad societaria, para lo cual estudió y se preparó, según su propia manifestación, tratando de satisfacer una necesidad empresarial inherente a su actividad económica.

La calificación del contrato como de *adhesión* o con condiciones predispuestas para la contratación mediante procesos licitatorios, no implica *per se* un reproche o abuso del empresario que en tal sentido actúa, pues tratándose de un negocio como el que nos

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas. Rad: 11001-3103-012-1999-01957-01.

ocupa, puede resultarle conveniente o necesario un proceder en tal sentido con el fin de organizar el manejo de su actividad dentro del respectivo mercado, con el fin de unificar y precisar aspecto técnicos y operativos relacionados con la ejecución y desarrollo del mismo. Forma de contratación mediante invitación a ofertar que tampoco se traduce o puede confundirse con la imposición de cláusulas abusivas, pues éstas solo lo serán en la medida de que se pruebe su utilización para ocasionar un desequilibrio en favor de la parte que las redactó o impuso en ejercicio de un poder de dominio contractual, o se contravengan la buena fe objetiva, probidad y lealtad que deben guiar la formación y ejecución de los contratos, con vulneración de normas de superior jerarquía.

Con respecto a la alegada debilidad de la parte contratista frente a su contratante, cabe recordar que la asimetría entre las partes siempre ha estado presente en las relaciones contractuales debido a la condición humana, circunstancia que por sí sola no se traduce automáticamente en el ejercicio de una posición de dominio contractual por parte de quien se dice es la parte fuerte del contrato. Es necesario acreditar, como ya se precisó, que hubo un quebrantamiento de la buena fe objetiva, probidad o lealtad negocial, que genera un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

En el presente caso, el contrato se firmó entre dos empresas competitivas en cada una de sus áreas de experiencia, como resultado de un proceso licitatorio en el que fueron invitadas a participar, ocho (8) empresas, en condiciones de igualdad, con presentación de oferta por parte de dos (2) de estas, proponentes u oferentes partícipes de tal proceso que, en la oportunidad establecida, se encontraban en posibilidad de plantear observaciones y aclaraciones a los términos de la invitación, sin que de esta manera se mengue o debilite su capacidad negociadora; y, cada uno de los invitados, estaba en libertad para ofertar, entendiéndose de esta manera que las condiciones del contrato fueron acordadas, como ya se advirtió antes.

De otra parte, si bien es cierto que la cláusula en comento aparece estipulada en favor de La COMPAÑÍA contratante, y que dicha forma de terminación unilateral se *entenderá como justa causa y no causará indemnización ni penalidad alguna a favor del CONTRATISTA*, no por ello puede concluirse que por sí sola esta disposición sea de aquellas abusivas por entrañar una desventaja relevante en contra de la contratista. En el contexto general del contrato, esta disposición no puede entenderse como producto del ejercicio abusivo del poder de dominio contractual, teniendo en cuenta que esta no es irrazonable o desequilibrante, ni se aparta de las prácticas contractuales comúnmente aceptables.

Cabe recordar, que al responder el hecho 24 de la reforma de la demanda, la convocada afirmó que: *“En todo caso, la cláusula de terminación unilateral anticipada en cuestión se encuentra incorporada en prácticamente todos los contratos suscritos entre Frontera Energy y sus proveedores, por cuanto se trata de una condición de suma relevancia para la empresa, que le permite gestionar de manera oportuna la incertidumbre y riesgos de la industria de hidrocarburos”*, es decir, se trata de una cláusula acorde con la práctica de la industria de hidrocarburos teniendo en cuenta que su ejercicio implica riesgos inherentes a la misma, sin que se hubiere probado en el proceso que se pacto específicamente en este contrato para lesionar o colocar en desventaja al contratista.

Dicha cláusula tampoco es desproporcionada en relación con las obligaciones correspondientes a la otra parte, teniendo en cuenta la modalidad de contrato celebrado, el que si bien se pactó a dos años, el mismo se ejecuta solo en la medida que la

TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

contratante emita solicitudes de trabajo al contratista, con ocho (8) días previos a la ejecución de la obra, con la indicación de las obras a ejecutar y el lugar respectivo; y la contratante paga de acuerdo al cumplimiento de los hitos programados en los PDTs (programas detallados de trabajo) y efectivamente ejecutados de acuerdo a las respectivas Actas de avance de Obra (Condiciones especiales del Contrato, Cláusulas 1.1.3. Procedimiento de Solicitud de Servicios y 1.4. Forma de pago y Facturación).

La cláusula atacada de abusiva no se consagró de manera ambigua y por tanto no inducía a error a la parte contratista. Por el contrario, fue conocida y entendida perfectamente por el señor Miguel Ángel Rincón, Representante Legal de INTERCONT SERVICE, quien formuló objeción sobre la misma, pero por fuera de la oportunidad prevista como parte del proceso licitatorio, e igualmente tuvo conocimiento de que no era fácil su exclusión del contrato, según su dicho en la diligencia de interrogatorio absuelto en este proceso, debido a la experiencia que tiene en esta clase de procesos licitatorios y de contratos y porque así se lo manifestó el Ingeniero Manuel Chacón en las instalaciones de Frontera.

Diligencia en la igualmente manifestó que dicha objeción no la presentaron por escrito durante el proceso de licitación bajo la creencia de una hipotética descalificación en caso de manifestar inquietud o desacuerdo con ella. Sin embargo, adujo haber firmado el contrato pues *se preparó para esto, siempre esa fue su meta, llegar a tener este tipo de contratos, para eso estudió y para eso se formó, y toda la experiencia le daba para esto.* Expresamente indicó, con algunos apartes resaltados por el Tribunal:

“DR. QUINTERO: Sí, gracias. La pregunta se la reformulo, ¿en etapa precontractual, es decir, antes de la celebración del contrato, Intercont formuló alguna objeción o le manifestó alguna inconformidad a Frontera respecto del clausurados de la minuta del contrato que se puso en conocimiento en el proceso de la licitación?”

“SR. RINCÓN: Sí, Intercont sí se manifestó, especialmente en la audiencia que tuvimos en la ciudad de Bogotá, instalaciones de Frontera donde estaba presente el ingeniero Manuel Chacón y el ingeniero Javier Guerrero, donde yo le di a entender que, por qué esta cláusula, el ingeniero Manuel Chacón me dijo que no era tan fácil de quitar y que no era tan fácil de que me quitaran el contrato así por así, tal como ocurrió.”

*“DR. QUINTERO: Gracias. **Pregunta No. 02.** Usted sabe que en el proceso de licitación había una oportunidad para presentar objeciones y comentarios, ¿en esa oportunidad ustedes manifestaron por escrito como se exigía la licitación, esa objeción?”*

*“SR. RINCÓN: **No, yo no, nosotros por escrito no la presentamos, por el simple hecho de que si yo llego a presentarla, lo más seguro es de que Frontera me descalifica, porque cuando yo estuve en la reunión, que fue mucho antes de las preguntas, cuando estoy en la reunión, en Bogotá, en la oficina de Frontera, yo llame al ingeniero Manuel verbalmente, el ingeniero Manuel Chacón verbalmente me había dicho de que ese contrato no, no era tan fácil de que se lo quitaran, así como tan a la buena, entonces por eso fue que yo la coloqué y más aparte, donde yo me coloque a mandar esos, donde yo me coloque a mandar ese tipo de objeciones, pues me descalifican y fácilmente, y.***

Tuve que firmar el contrato porque si no, no podía trabajar, cómo yo no voy a firmar un contrato, si es que toda una vida me preparé para esto, siempre esa fue mi meta, llegar a tener este tipo de contratos, para eso estudié y para eso me formé, y toda la experiencia me daba para esto.

“DR. QUINTERO: Pregunta No. 03. Usted dice que lo iban a descalificar si pedía esa modificación, nos puede indicar, ¿de dónde proviene esa afirmación, o sea, con base en qué lo está afirmando usted?”

*“SR. RINCÓN: Yo lo estoy afirmando en base de mi experiencia, yo fui profesional de la Universidad Santo Tomás en el año 2004, a finales de 2005 entré a trabajar a Perenco Colombia, en un inicio trabajé con el departamento de responsabilidad social, después trabajé casi siete años en el departamento de proyectos, siendo líder de proyectos, en ese tiempo no existía el área de licitaciones, entonces yo mismo calificaba las propuestas, yo mismo formulaba, hacia los pliegos, simplemente le pasaba a mis jefes inmediatos para que eso y esas cláusulas venían, y las minutas venían de la parte legal y esas minutas eran intocables, entonces ya tengo la experiencia y sobre todo Frontera, **con Frontera en licitaciones anteriores también hice la misma pregunta y siempre me contestaban lo mismo que esa cláusula era intocable.***

“DR. SALAZAR: Disculpe, doctor Quinteros, es que tenía apagado el micrófono. Yo quería preguntar al señor Rincón lo siguiente: usted dice que las cláusulas eran intocables, sin embargo, ¿usted las leyó, las entendió, usted le pidió alguna explicación o alguna aclaración a Frontera respecto del contenido de esa cláusula?”

“SR. RINCÓN: Sí, sí, señor Juez, yo le pedí en su momento su aclaración al ingeniero Manuel Chacón, a comienzos de marzo en la ciudad de Bogotá, donde él me dijo Miguel, sí, esa cláusula está, pero no está fácil que se la quiten”.

De acuerdo con lo anterior, el señor Rincón es conocedor de los procesos licitatorios, inclusive de los realizados por la misma empresa Frontera en los que ha participado, de lo que se entiende debe saber que las objeciones o aclaraciones a las condiciones base de la invitación a ofertar tienen un momento para su presentación y que su presentación no conlleva descalificación alguna. También fue informado y sabía que dicha cláusula era “intocable”, según su dicho, sin embargo, con pleno conocimiento y voluntariamente firmó el contrato, con lo cual ningún abuso puede achacar a la Compañía contratante.

Sobre la excusa planteada por el contratista, en el sentido de creer una hipotética descalificación por presentar objeción a la cláusula de terminación del contrato, ningún fundamento serio se advierte debido a la experiencia que el representante legal tiene en este tipo de procesos y contratos, como ya se indicó. Sobre el punto declaró el señor Carlos Ruano, gerente de control de proyectos de Frontera, resaltando el Tribunal partes de su testimonio:

*“DR. QUINTERO: Ahora voy a volver sobre eso, pero le quería preguntar siguiendo la etapa pre contractual, **si un proponente hiciera una solicitud de modificar un asunto técnico, un asunto jurídico dentro del proceso de contratación, Frontera, tiene como política o como práctica o lo ha visto, descalifica a ese oferente?***

“SR. RUANO: No, no habría ninguna razón, porque es que en ese entorno, hasta el momento es un oferente. Un oferente levanta la mano y dice: no entiendo el ítem uno, entonces, se le aclara el ítem uno, porque es que además, cuando mencioné que se recaban las preguntas, es porque todos los oferentes tienen la posibilidad de leer las preguntas que hicieron los demás, no sólo las propias, me hago entender? Porque todo se maneja a través de la plataforma de sourcing. Entonces, nosotros recabamos las preguntas de fulano y de zutano, y emitimos un listado general de preguntas y respuestas que evidentemente le pueden llegar a servir no sólo al oferente que preguntó, sino a algún otro que pudo haber pasado de largo esa inquietud.

Pero en este punto, no hay posibilidad de que se anule la invitación a ningún oferente porque no ha pasado ninguna etapa de evaluación. Si bien en la evaluación técnica, por eso establecí criterios de pasa o no pasa, es decir, esos criterios de pasa o no pasa se definen por, reitero desde la parte técnica, hay una evaluación legal y una evaluación financiera, pero desde la parte técnica, por ejemplo, que el hombre no tenga la experiencia suficiente en contratos de mantenimientos de vías, hablando de este proceso, que él no presente si se pidió una certificación de gestión de calidad, sino la tiene, es que no pasa. Pero, el hecho de consultar bajo ningún contexto es motivo de cancelación de una invitación.

Ahora bien, la COMPAÑÍA, FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL, utilizó dicha cláusula para dar por terminado el contrato. En efecto, mediante comunicación de fecha 4 de enero de 2019, dirigida a INTERCONT SERVICE, FRONTERA ENERGY “... le notifica su decisión de dar por terminado unilateral y anticipadamente el contrato en mención entre FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL e INTERCONT SERVICE LTDA en aplicación de la cláusula 2.32.1 establecida en las Condiciones Generales del Contrato”...“Luego a partir del presente aviso en el término acordado, la fecha efectiva de terminación del Contrato será el tres (03) de febrero de dos mil diecinueve (2019). “En caso de existir ordenes de servicio activas a la fecha de emisión de la presente comunicación, las obligaciones derivadas de la ejecución del Contrato permanecerán vigentes durante el tiempo del preaviso, de conformidad con lo previsto en las Condiciones Generales del mismo. Una vez terminado el Contrato, permanecerán vigentes las obligaciones que sobrevivan en los términos acordados”. “LA COMPAÑÍA los invita que a su más pronta disponibilidad se inicien los trámites necesarios para la liquidación del Contrato, para lo cual el administrador del Contrato lo estará contactando. Agradecemos en interés y la colaboración prestada a LA COMPAÑÍA en la ejecución de contrato”.

No encuentra el Tribunal en el proceso prueba alguna que demuestre que FRONTERA ENERGY COLOMBIA dio por terminado unilateralmente el contrato de manera arbitraria o para inferir intencionalmente daño a la contratista INTERCONT SERVICE, contrariando la buena fe o la lealtad contractual. Por el contrario, en este proceso la convocada planteó ciertas circunstancias de orden penal para complementar tal decisión, no expuestas en la carta de terminación, pero que el Tribunal encuentra plenamente justificadas.

Al respecto declaró el señor Carlos Ruano, gerente de control de proyectos de Frontera, resaltando el Tribunal partes de su testimonio:

“DR. QUINTERO: Usted nos dice que la compañía decidió ejercer la cláusula de terminación unilateral anticipada; le quiero preguntar, nos puede explicar un poco

más, cuáles fueron las motivaciones desde su experiencia, desde su punto de vista, cuáles fueron los motivos que llevaron a la compañía a ejercer esa cláusula?

“SR. RUANO: Hay una serie de condiciones que se detectan, por supuesto, el tema de los llamados de atención que hablamos, que están documentados septiembre, octubre, noviembre, el equipo de responsabilidad social también recibió temas de deudas a transportadores, a personas de las personas de nómina, ya nos genera alerta esa situación; y digamos, que el tema más delicado es la carta que recibí del equipo legal a comienzos de diciembre, en la cual se nos notificaba, reitero, sin mayor detalle, que había una de las representantes legales con algunos indicios de estar inmerso en un proceso que tiene que ver con un proceso legal.

Entonces, eso a la luz del código de ética corporativo y de las condiciones que se puedan analizar de conflictos de interés, por eso digo, en su momento a mí como responsable de control de proyectos en el momento y como responsable de eventuales auditorías internas de la compañía, yo lo que hice fue levantar la mano y decir oiga, yo necesito que me den una luz con este tema, yo no participé en el proceso de decisión de la terminación, yo levanté la mano, se hizo un comité de compras en diciembre y se tomó la decisión de terminar el contrato, invocando la cláusula que está prevista para ese fin”.

También rindió testimonio la señora Luz María Zea, Oficial de Cumplimiento de Frontera, resaltando el Tribunal algunos apartes:

“DR. QUINTERO: [00:22:56] Usted nos mencionaba y uso la palabra presuntamente, o podía presumirse un incumplimiento y un riesgo ético para la compañía. Digamos que usted sabe que existe la presunción de inocencia, por qué Frontera termina el contrato con base en lo que sería una presunción, mientras no haya condena penal?

SRA. ZEA: [00:23:23] No lo terminamos por eso, doctor Quintero, lo terminamos con base en la cláusula de preaviso de 30 días, que nos daba el derecho de terminar, porque creíamos que era inconveniente tener un contratista que tenía un riesgo elevado de estar en actividades delictivas. Precisamente no es ni siquiera hoy un hecho fallado, no podríamos haber utilizado otras causales de terminación como incumplimiento mismo, y creemos que obviamente tiene la empresa y sus representantes legales esa presunción de inocencia.

Pero, dada toda la información que teníamos de la investigación que conocía nuestra área de seguridad en nuestra área legal, proveniente de las investigaciones de la Fiscalía, creíamos que el riesgo era elevado y no era un contratista que cumplía con los compromisos de ética y cumplimiento que tienen los contratantes de Frontera.

“DR. QUINTERO: [00:24:31] Le pregunto, si la compañía hubiera continuado ese contrato desde un punto de vista de compliance, de cumplimiento regulatorio; usted, como oficial de cumplimiento, qué efectos evidencia que se habría generado para la compañía?

“SRA. ZEA: [00:24:54] **Desde el punto de vista especulativo, porque es algo que no sucedió y adicionalmente es mirándolo hacia futuro, podrían haberse dado muchos efectos para nosotros graves, entre otros, que el dinero proveniente de Frontera se vinculara a actividades terroristas, que claramente no es algo que nosotros queremos y que claramente queremos prevenir en toda nuestra operación. Y adicionalmente, el efecto de que esas actividades terroristas también estaban no solo contra la fuerza pública, que nos parecía muy grave, sino también, contra nuestros propios activos, nuestro personal y el personal de nuestros contratistas. Entonces, no tiene ningún sentido financiar o proveer recursos a este tipo de actividades riesgosas para nosotros.**

“DR. QUINTERO: [00:25:47] Y desde el punto de vista de Frontera como emisor en Canadá, esta situación podría traer alguna repercusión?

“SRA. ZEA: [00:26:00] Si Frontera, en un evento hipotético, fuese actor o promotor de actividades delictivas, o si fuese negligente en prevenir en su operación actividades delictivas y entre éstas, delitos fuentes de lavado de activos como la financiación del terrorismo, sin duda podría tener impactos para nosotros legales y reputacionales”.

En el mismo sentido declaró Martha Ligia García Cuello, quien trabaja con Frontera, resaltando el Tribunal algunos aspectos:

“DR. SALAZAR: Si usted tenía conocimiento de unos incumplimientos contractuales por parte de Intercont. **Por qué en la carta de terminación no se adujeron los incumplimientos, sino se dio uso a la facultad de terminación unilateral?**

“SRA. GARCÍA: A ver, de nuevo. El incumplimiento se refería al no pago de proveedores locales, creo que para terminar un contrato y seguramente, por alguna razón que se sopesó, **yo no creo que el no pago a proveedores sea una causal grave que nos lleva a terminar un contrato. Creo que la facultad de terminación unilateral y anticipada se debe, precisamente, a eventos en que de alguna forma justifican romper el vínculo contractual con el contratista; justificación que puede estar dada por diversos temas, es decir, la compañía ejecuta el contrato en un ambiente complejo. Es decir, esas razones pueden ir desde temas operacionales, temas técnicos, la volatilidad del precio del petróleo, como pueden estar relacionados también, con temas de cumplimiento, que la compañía de alguna forma quiere manejar, dependiendo del caso que sea, lo quiere manejar de una forma u otra.**

Es decir, la facultad de declarar el incumplimiento, al final, es un derecho de la compañía, dependiendo del análisis que haga en cada caso decide hacerlo o no. De nuevo, no considero que el pago a proveedores locales sea un incumplimiento grave, que de alguna forma ponga en riesgo la ejecución del contrato. De hecho, hasta donde recuerdo, este contrato, en lo que la compañía solicitó, se ejecutó y se pagó, entonces de nuevo, en la medida en que el incumplimiento no tenga la materialidad como para terminar el contrato, la compañía tiene la potestad de decidir si lo termina por esa razón o no. No necesariamente, incluso si llegara a haber un incumplimiento que tenga ese peso, obliga a la compañía a terminarlo por incumplimiento”.

“SRA. GARCÍA: Y le pregunto, esa cláusula de terminación unilateral anticipada, de lo que usted ha visto, sería una de esas cláusulas, que usted dice, esenciales?”

*“SRA. GARCÍA: Sí, definitivamente, yo creo que es una cláusula que, muy excepcionalmente en lo que tiene que ver con nuestros contratistas, es decir, con los proveedores de esas necesidades que tiene Frontera Energy para operar, muy excepcionalmente vamos a eliminar esa facultad que la compañía tiene que tener. **No en todos nuestros contratos está esa facultad de terminación unilateral**, por ejemplo, con nuestros clientes, es decir, con esas personas a las que les vendemos el crudo o les vendemos el gas, incluso con las empresas con las que contratamos el transporte por el oleoducto. Digamos que esos tienen unas negociaciones especiales y particulares.*

*Pero yo pudiera decir que, **en lo que tiene que ver con los contratistas es muy difícil que la compañía de alguna forma acceda a eliminar esa facultad que necesita tener y, básicamente es porque la compañía, como lo mencionaba unos minutos atrás, opera en un ambiente de complejidad en el que esa complejidad está dada por temas sociales, por temas técnicos e incluso por lo que les decía de la volatilidad del precio.***

Entonces la compañía necesita unos instrumentos, que de alguna forma le den flexibilidad para reaccionar frente a algunas cosas, que a veces se dan, y que la compañía necesita poder manejar para operar de acuerdo con las necesidades que tenga. El precio, por ejemplo, es un tema que se sale de las manos de la compañía y la compañía hace unas proyecciones con base en el precio la compañía necesita, por ejemplo, tener la flexibilidad de poder decir me toca parar este proyecto, no voy a poder cumplir con estas producciones. Y lo mismo pasa con algunos temas técnicos y con algunos temas relacionados con la complejidad que de alguna forma nos imponen los entornos en los que operamos y los estándares que tenemos de cumplimiento en la compañía para poder operar.

Así, no se percibe que la decisión de Frontera de terminar el contrato de manera anticipada estuviere motivada por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos, que se aparten de los fines económicos-sociales que le son propios o se amparen en un actuar contrario a la buena fe o la lealtad contractual.

La cláusula estuvo manifiesta desde el inicio del proceso licitatorio y fue utilizada con apego a lo pactado, es decir, se concedió el plazo de treinta (30) días como preaviso para hacer efectiva la terminación del contrato, y se pagaron los valores correspondientes a los trabajos ejecutados por la contratista hasta la fecha de la real terminación, cumpliéndose todas las obligaciones a cargo de la contratante.

Tampoco puede considerarse como refuerzo del supuesto abuso por parte de la contratante al no haber entregado anticipos para el inicio de la ejecución del contrato, según lo afirma la convocante, teniendo en cuenta que así no fue pactado. En el contrato claramente se indica que se ejecuta mediante solicitudes de trabajo que emite la contratante al contratista, con ocho (8) días previos a la ejecución de la obra, con la indicación de las obras a ejecutar y el lugar respectivo; y la contratante paga de acuerdo al cumplimiento de los hitos programados en los PDTs (programas detallados de trabajo) y efectivamente ejecutados de acuerdo a las respectivas Actas de avance de Obra

(Condiciones especiales del Contrato, Cláusulas 1.1.3. Procedimiento de Solicitud de Servicios y 1.4. Forma de pago y Facturación), según ya se explicó antes.

En conclusión, la cláusula de terminación unilateral y anticipada a favor de la contratante no se pactó ni utilizó para ocasionar desequilibrio en favor de la parte que la redactó, ni contravino la buena fe objetiva, probidad y lealtad que deben guiar la formación y ejecución de los contratos, ni hubo vulneración de normas de superior jerarquía.

Ahora, teniendo claro que no existe abuso de la posición contractual de la Convocada, procede el Tribunal a estudiar la validez de la cláusula en estudio.

(ii) La Validez de la Cláusula 2.32.1 del Contrato No. 9800003063, suscrito por las partes el 23 de julio de 2018.

Posición de la Parte Convocante

En la demanda reformada, solicita INTERCONT al Tribunal que declare la ineficacia de la cláusula 2.32.1 del contrato relativa a su terminación unilateral, la cual sustentó fácticamente en el hecho 5.19³⁶ de la misma, a cuyo efecto afirmó que “... (D)urante la etapa precontractual, así como en la celebración del contrato y en la realización de sus modificaciones, la convocada actuó con posición de dominio, pues fijó las reglas técnicas, económicas y jurídicas que debían cumplir las ofertas, también los plazos para todas las actividades, dispuso los aplicativos mediante los cuales se surtirían las actuaciones preparatorias y se presentarían las ofertas, preparo y predispuso las condiciones generales y particulares que regularían el contrato, definió el contenido del contrato y el contenido de los anexos, es decir, definió todos los elementos del contrato con antelación a la invitación, al punto que la invitada y contratista no podía más que adherir a la voluntad unilateral de la contratante.”

Y en el hecho 5.20,³⁷ afirmó lo siguiente: “... (I)NTERCONT por su parte, fue la persona débil de la relación, se sujetó a todos los requisitos, términos, condiciones y reglas fijadas por la convocada, a fin de que su oferta fuera seleccionada y lograr de este modo suscribir el contrato”.

Posición de la Parte Convocada

De su parte, FRONTERA dio contestación conjunta a los dos (2) hechos anteriores, de la siguiente manera: “... (N)o son hechos, sino apreciaciones subjetivas carentes de fundamento y equivocadas. Además de lo trillado que resulta el argumento de que la empresa petrolera es un contratante dominante, abusivo y despiadado, mientras el contratista – víctima débil e indefensa – solo podría aceptar firmar un contrato que eventualmente le podría representar ingresos por casi seis mil millones de pesos, baste señalar lo siguiente:

Primero, todo proceso licitatorio implica la necesidad de establecer de manera anticipada los términos y condiciones de la contratación, delimitando con claridad las actividades a

³⁶ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folio 99.

³⁷ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, Folio 99.

TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

ejecutar, proponiendo una minuta de contrato y exponiendo de manera transparente las necesidades del contratante. Esto garantiza entonces el trato igualitario de los proponentes y, por tanto, la objetividad en la selección del contratista.

Segundo, tal y como consta en la Invitación a Proponer, el potencial proponente puede y debe analizar la información suministrada, cumplir su propia carga de informarse y formular los comentarios, sugerencias, consultas, aclaraciones e inquietudes sobre la invitación, la minuta de contrato y demás documentos contractuales.

Tercero, Intercont participó libremente en el proceso de contratación, formuló una oferta, definió el valor de la misma y consintió en la celebración del contrato. Aquí no estamos en un escenario de David contra Goliat, estamos ante dos comerciantes celebrando un negocio a consciencia y con conocimiento. Al menos eso pensaba Frontera Energy al momento de celebrar el Contrato, pues la realidad es que, al parecer, Intercont entró al negocio con intenciones non sanctas que solo fueron conocidas posteriormente.

En suma, si Intercont dio su consentimiento para la celebración del Contrato ello fue el resultado del ejercicio autónomo de su capacidad negocial, por lo que pretender ahora sostener que no tuvo más opción que participar en un proceso licitatorio y resultar adjudicatario de un millonario contrato es francamente reprochable.”

Y para reafirmarse en su posición, FRONTERA, al contestar la demanda y su reforma, en ejercicio de su derecho de defensa, propuso la excepción que denominó como “... EFICACIA DE LA CLAUSULA DE TERMINACIÓN”³⁸ la cual sustentó fácticamente así: “... (S)in perjuicio de lo anterior, de considerarse que la intención ilícita de Intercont no afecta la validez del contrato, debe señalarse que el clausulado del mismo es perfectamente válido, por lo que las pretensiones de ineficacia de la demanda están condenadas al fracaso.

En particular, la cláusula 2.32.1 del Contrato, atacada por Intercont, prevé la facultad de Frontera Energy de terminar unilateralmente el Contrato, en cualquier momento, dando aviso escrito al contratista con 30 días calendario de anticipación. Asimismo, prevé que la terminación por esta vía no dará lugar a indemnización ni penalidad alguna en favor del contratista, sin perjuicio del pago de las obras o actividades efectivamente ejecutadas.

Este tipo de cláusulas son plenamente válidas y eficaces, conforme al ordenamiento jurídico, como lo sostiene reiterada y unánimemente la jurisprudencia.

Además, la cláusula no genera perjuicio alguno al contratista, pues contiene un preaviso razonable y el reconocimiento de lo ejecutado.

En suma, no existe causal de ineficacia o nulidad que pueda afectar la cláusula de terminación anticipada, la cual, por demás, fue conocida, estudiada y consentida por Intercont, en ejercicio de la autonomía negocial.

³⁸ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 08. 124838 Principal 2 – Folios 157-238 Contestación Reforma Demanda, Folio 210.

Así las cosas, las alegaciones de Intercont no son más que argumentaciones caprichosas y acomodaticias para intentar justificar el cobro de ilusorios e inexistentes perjuicios. Por tanto, las pretensiones de la demanda deben ser desechadas.”

Consideraciones del Tribunal

Para el Tribunal, el Contrato celebrado entre FRONTERA e INTERCONT reguló íntegramente una relación económica estable y beneficiosa para ambas partes y, respecto de su celebración, como ya se dijo en otro aparte de este laudo arbitral, no se demostró en el proceso que FRONTERA, hubiere asumido la supuesta posición de dominio contractual que se le endilgó en la demanda, tendiente a imponer de forma abusiva las disposiciones contractuales a INTERCONT.

Por el contrario, se demostró en el proceso que, durante su ejecución, las partes modificaron de común acuerdo algunas de las estipulaciones contractuales que versaban sobre aspectos puntuales relacionados con el valor del contrato.

El Tribunal analizó en otro aparte de este laudo arbitral el comportamiento de FRONTERA durante la etapa precontractual para poder determinar si el mismo fue abusivo y contrario al deber de celebrar y ejecutar los contratos de buena fe³⁹ que le permitiera imponer en el texto del contrato una cláusula que le facultaría, a futuro, dar lugar a la terminación unilateral del contrato.

Si bien es cierto que el Contrato fue estructurado con base en el modelo tipo que fuera elaborado por FRONTERA y que fue incluido en la invitación a proponer que le formuló, no lo es menos que INTERCONT no logró probar en el proceso que FRONTERA le hubiese “impuesto” dicho contrato o que hubiese obrado en ejercicio de una posición de dominio contractual o abusado de sus derechos ni, menos, que INTERCONT hubiese estado durante el proceso licitatorio en una situación de desventaja o que no hubiese tenido la oportunidad de negociar.

Por regla general, los contratantes, dentro de los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres tienen completa libertad y autonomía para autorregular el contenido de sus relaciones de contenido patrimonial, ya sea que las mismas correspondan a un régimen jurídico especial como en los contratos típicos, o que no lo sean, como en los contratos atípicos; y el régimen jurídico aplicable a los contratos que ellos convengan dependerá de las recíprocas obligaciones que de ellos surjan para los contratantes y no del nombre o denominación que ellos decidan ponerles, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁴⁰

En ejercicio de esa libertad y autonomía contractuales la propia ley es la que le permite a los contratantes la facultad de establecer libremente entre ellos ciertas normas

³⁹ Código Civil, artículo 1603. Código de Comercio, artículo 871.

⁴⁰ “... (E)n la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevénida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica” (C.S.J. Cas. Civ. 13/12/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 6462)

TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

privadas o reglas obligatorias de comportamiento de carácter privado, para regular sus relaciones jurídicas particulares, de la manera en que lo estimen conveniente a sus propios intereses pero, siempre, dentro de los límites de la ley, del orden público y de las buenas costumbres.⁴¹

Dentro de tales reglas o convenios particulares que pueden pactar los contratantes, la ley no prohíbe que entre ellos se puedan establecer libremente diversas facultades unilaterales con fundamento en el postulado de la buena fe y la autonomía privada antes mencionado, las cuales constituyen una verdadera “ley para las partes” y adquieren fuerza vinculante entre ellas.⁴²

Lo anterior tiene mayor relevancia en materia mercantil, como es el caso sometido a la consideración del Tribunal, en el cual, como ya se dijo, el contrato que celebraron y ejecutaron FRONTERA e INTERCONT, tiene esa naturaleza y se regula bajo las normas especiales contenidas en el Código de Comercio y aquellas que lo adicionan, complementan o modifican.

Agrega el Tribunal que en materia mercantil siempre imperan los principios de la autonomía y libertad contractuales que tienen los contratantes, quienes -por regla general- son los llamados a establecer sus propias estipulaciones contractuales incluyendo las modificaciones o adiciones que hagan del contrato, dentro de los límites antes indicados, las cuales siempre han de prevalecer según el principio de que en materia mercantil “la ley es supletiva de la voluntad de los contratantes”, el cual se encuentra claramente recogido en el artículo cuarto del Código de Comercio,⁴³ norma esta que, sin lugar a dudas, los autoriza inequívocamente para que puedan autorregular libremente sus relaciones particulares mediante el establecimiento de reglas o pactos específicos, como sería la facultad o potestad que se confieran entre ellos para dar por terminado unilateralmente el contrato, como es el caso sometido a la consideración del Tribunal.

Tan legítima es esa facultad que tienen los contratantes establecer entre ellos, en ejercicio de esa autonomía, potestades y facultades unilaterales, que en materia contractual, la propia ley es la que las regula, admite y consagra de manera expresa en algunos contratos regulados por ella, como es el caso de los contratos de tracto sucesivo o a término indefinido, en los cuales se les permite a cualquiera de ellos, bajo ciertas condiciones y circunstancias, darle fin al contrato mediante el envío de un preaviso o desahucio al otro contratante.⁴⁴

De igual forma, en los contratos de arrendamiento de vivienda urbana, la ley permite a las partes contratantes, excluir su prórroga automática.⁴⁵

La ley también permite, de manera específica, a cualquiera de los contratantes, retractarse de manera unilateral en ciertos contratos como se prevé para el caso del pacto de retroventa;⁴⁶ o en las denominadas arras de retracto;⁴⁷ o en la promesa

⁴¹ Código Civil, artículo 16.

⁴² Código Civil, artículo 16.

⁴³ Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

⁴⁴ Código Civil, artículos 2009, 2011, 2034. Código de Comercio, artículos 977, 1261 numeral 4, 1389, 1406 y 1419.

⁴⁵ Ley 820 de 2003, artículos 22 numeral 8; y 24 numeral 5

⁴⁶ Código Civil, artículos 1939 a 1943.

⁴⁷ Código de Comercio, artículo 866. Código Civil, artículos 1859 y 1860.

mercantil de mutuo;⁴⁸ o en la venta a prueba;⁴⁹ y, finalmente, se admitió y reguló por la ley el derecho de retracto en el Estatuto del Consumidor.⁵⁰

También por expreso mandato legal para el caso de incumplimiento de una de los contratantes, el otro contratante podrá dejar de cumplir con lo pactado;⁵¹ también la ley permite, en otros casos y bajo ciertas circunstancias que los contratantes puedan ejercer el derecho de retención⁵² para garantizar la ejecución de sus obligaciones como en el usufructo;⁵³ o en el contrato de arrendamiento de cosas;⁵⁴ o en el contrato de mandato;⁵⁵ o en el contrato de hospedaje;⁵⁶ en el de agencia comercial;⁵⁷ o en el comodato;⁵⁸ o en el de depósito civil o mercantil;⁵⁹ o en el de transporte de cosas.⁶⁰ y en todas aquellas hipótesis en que el bien se tenga a título de garantía mobiliaria⁶¹ La Ley de Garantías Mobiliarias consagró, incluso, la posibilidad de que, de acuerdo con cierto procedimiento, el acreedor la ejecute, directamente y sin intervención judicial⁶²

En otros casos también permite la ley que de manera unilateral el acreedor dé lugar a la caducidad del plazo de la deuda;⁶³ que el vendedor ajuste unilateralmente el plazo de la entrega al del pago del precio;⁶⁴ y que el comprador pague mediante depósito judicial, cuando ha sido perturbado por terceros en la posesión de la cosa.⁶⁵

También permite la ley que el acreedor pueda terminar, resolver o desistir directamente el contrato, sin necesidad de intervención judicial, como en los casos de los contratos de compraventa de bienes de género;⁶⁶ de suministro;⁶⁷ de arrendamiento;⁶⁸ de seguro;⁶⁹ y de cajillas de seguridad⁷⁰

La potestad de terminación unilateral del contrato, sin necesidad de invocar su incumplimiento también está permitida por la ley, entre otros, en los contratos de prestación de servicios;⁷¹ de mandato;⁷² de comodato;⁷³ de depósito;⁷⁴ de anticresis;⁷⁵

⁴⁸ Código de Comercio, artículo 1169

⁴⁹ Código Civil, artículos 1879; Código de Comercio, artículos 911 y 912

⁵⁰ Ley 1480 de 2011, artículo 47.

⁵¹ Código Civil, artículo 1609.

⁵² Código Civil, artículo 2417 inciso segundo.

⁵³ Código Civil, artículo 859.

⁵⁴ Código Civil, artículo 2000.

⁵⁵ Código Civil, artículo 2188. Código de Comercio, artículo 1277.

⁵⁶ Código de Comercio, artículo 1199.

⁵⁷ Código de Comercio, artículo 1326.

⁵⁸ Código Civil, artículo 2218.

⁵⁹ Código de Comercio, artículo 1177. Código Civil, artículo 2258.

⁶⁰ Código de Comercio, artículo 1034.

⁶¹ Ley 1676 de 2013, artículo 3.

⁶² Ley 1676 de 2013, artículos 62 a 77.

⁶³ Código Civil, artículo 1553. Código de Comercio, artículo 873.

⁶⁴ Código Civil, artículo 1882 inciso 4. Código de Comercio, artículo 926.

⁶⁵ Código Civil, artículo 1929.

⁶⁶ Código Civil, artículo 1878.

⁶⁷ Código de Comercio, artículo 973.

⁶⁸ Código Civil, artículos 1983 y 1984,

⁶⁹ Código de Comercio, artículo 1071.

⁷⁰ Código de Comercio, artículo 1420.

⁷¹ Código Civil, artículos 2056 y 2066.

⁷² Código Civil, artículos 2190 y 2193. Código de Comercio, artículo 1279.

⁷³ Código Civil, artículos 2205 y 2219.

⁷⁴ Código Civil, artículos 2251. Código de Comercio, artículo 1174.

⁷⁵ Código Civil, artículo 2467.

seguro de vida;⁷⁶ de transporte terrestre de personas;⁷⁷ de fiducia;⁷⁸ de crédito documentario;⁷⁹ de transporte marítimo de cosas;⁸⁰ y de transporte aéreo de pasajeros.⁸¹

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al punto y ha aceptado que los contratantes puedan pactar en sus contratos cláusulas válidas de resolución extrajudicial; y respecto de las facultades unilaterales otorgadas contractualmente a una de las partes, en especial la de terminación unilateral del contrato, ha señalado que, dicha facultad es excepcional, requiere texto legal o contractual expreso, excluye analogía *legis* o *iuris*, debe aplicarse e interpretarse estrictamente, y cuando su origen es negocial, las partes en desarrollo de la autonomía privada pueden acordarla sujetas al ordenamiento, normas imperativas, *ius cogens*, buenas costumbres, simetría, equilibrio o reciprocidad de la relación, sin abuso de índole alguna, en los casos en los cuales la ley no la prohíba o excluya.⁸²

Dijo así la Corte:

“...Empero, en las “cláusulas resolutorias expresas” y de terminación unilateral del contrato por motivos distintos al pacto comisorio calificado, cuyas causas también pueden ser diversas al incumplimiento, la ley o las partes, pueden prever la terminación ipso jure sin necesidad de declaración judicial ex ante. En esta eventualidad, la condición resolutoria expresa se pacta como un derecho para resolver o terminar el contrato por acto de parte interesada, autónomo, independiente y potestativo, porque podrá ejercerlo o abstenerse de hacerlo.

De por sí, función primordial de estas estipulaciones, es terminar el contrato por declaración unilateral de una parte, ya por incumplimiento, ora conveniencia, oportunidad u otras razones legítimas, bien por las causas disciplinadas en la ley o el contrato (terminación unilateral por causa justa del contrato de agencia), bien excepcionalmente ad nutum (revocación del seguro, arras penitenciales, retro-venta, retro-compra, contrato individual de trabajo con período de prueba, receso en contratos de consumo, etc.), sea después de preaviso (arrendamiento, suministro - artículo 973, párrafo segundo, C. de Co), sea en forma automática o incontinenti (mandato, depósito, mutuo).

La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (accidentalía negotii), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio.

⁷⁶ Código de Comercio, artículo 1159.

⁷⁷ Código de Comercio, artículo 1002.

⁷⁸ Código de Comercio, artículo 1240 numeral 11.

⁷⁹ Código de Comercio, artículos 1410 y 1411.

⁸⁰ Código de Comercio, artículo 1620.

⁸¹ Código de Comercio, artículo 1878.

⁸² C.S.J. Cas. Civ. 30/08/2011. M.P.: Dr. William Namén Vargas. Rad. 1001-3103-012-1999-01957-01.

La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar integros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.

Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción.

Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho.

Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito.

La terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa, estructura declaración dispositiva recepticia, análoga al preaviso para terminar los contratos de duración indefinida o enervar las prórrogas automáticas pactadas en los de duración definida, por cuanto debe comunicarse a la otra parte, quien podrá protestar la causa invocada, el ejercicio abusivo o contrario a los dictados de la buena fe por infundada, intempestiva o ilegítima, e incluso su improcedencia por la tolerancia, purga o condonación, o también reconocer la falta”

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal abordará el estudio de la validez de la cláusula 2.32.1 contenida en el contrato debatido, que es del siguiente tenor:⁸³

⁸³ Expediente Digital. Cuaderno 02 Pruebas. Pruebas No. 01. Archivo No 6_0003 Contrato Entregado. Folio 44.

“... 2.32.1 TERMINACIÓN UNILATERAL ANTICIPADA

“LA COMPAÑIA, podrá de manera unilateral dar por terminado el Contrato, en cualquier momento, antes del vencimiento del Contrato, dando aviso escrito al CONTRATISTA con por lo menos treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha efectiva de terminación. Esta forma de terminación unilateral se entenderá como justa causa y no causará indemnización ni penalidad alguna a favor del CONTRATISTA.

LA COMPANIA sólo estará obligada a pagar al CONTRATISTA lo efectivamente ejecutado por este a satisfacción de LA COMPANIA hasta la fecha efectiva de terminación”.

Como ya se dijo, no se acreditó en el proceso que el contrato en cuestión hubiese sido de adhesión por el hecho de que haber sido redactado y propuesto por FRONTERA; o que respecto del mismo INTERCONT no estaba en condiciones de negociar, o que adhirió a la voluntad unilateral de FRONTERA; ni se acreditó que el texto contractual hubiese sido impuesto por FRONTERA en ejercicio de una posición de dominio contractual; o que INTERCONT hubiese sido una parte indefensa o débil, hechos esto que, dicho sea de paso, tampoco fueron demostrados, tal como se alega en la demanda, sino que, por el contrario, lo único que se demostró fue que el contrato corresponde al fruto de la libre discusión que sobre sus términos y condiciones sostuvieron FRONTERA e INTERCONT.

Tampoco se demostró en el proceso que el contrato se hubiese formado adoleciendo de vicio alguno o que INTERCONT lo hubiese suscrito forzadamente; o que FRONTERA lo hubiese impuesto abusando de sus derechos; por el contrario, lo que si se probó en el proceso fue que el contrato se celebró y ejecutó para el mutuo beneficio de ambos contratantes.

No encuentra el Tribunal que la cláusula de terminación unilateral anticipada del contrato se encuentre prohibida por la ley o que la misma sea ineficaz o nula o que quebrante el sinalagma contractual o desconozca la reciprocidad; o sea contraria al orden público o las buenas costumbres; por el contrario, estima el Tribunal que es una cláusula válidamente admitida, que no es contraria al postulado de la buena fe, que fue admitida y consentida por ambos contratantes y que no resulta ventajosa, leonina o abusiva.

Sobre la necesidad de insertar esa cláusula al texto del contrato, como ya se advirtió, el Tribunal tuvo oportunidad de escuchar los testimonios de los funcionarios de FRONTERA, señores JORGE PAREDES,⁸⁴ MARTA LIGIA GARCIA⁸⁵ y CARLOS RUANO⁸⁶ quienes fueron contestes en sus declaraciones acerca que este tipo de cláusulas son usuales en la industria petrolera; que se insertan en todos los contratos de este tipo que celebra la compañía y que obedece al dinamismo del mercado y a la necesidad de la compañía de estar preparada para el cambio, los cuales le merecen plena credibilidad.

⁸⁴ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. JORGE PAREDES TAMAYO 08 09 2021

⁸⁵Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. MARTA LIGIA GARCIA CUELLO 21 09 2021

⁸⁶Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. CARLOS RUANO MEDINA 15 09 2021

Es más, en el interrogatorio de parte que bajo la gravedad del juramento rindió el representante legal de INTERCONT, señor MIGUEL ANGEL RINCON⁸⁷ admitió que INTERCONT nunca objetó la inclusión de la cláusula en el texto contrato porque temía que fuese descalificada del proceso licitatorio y que por eso tuvo que firmar el contrato, resaltando así una reserva mental, que jamás puso en conocimiento de FRONTERA, esa actitud silente y reservada permite entender su plena aceptación y conformidad con la cláusula.

En dicha cláusula quedó plasmado, con claridad y precisión, y sin ambigüedad de ninguna naturaleza, que FRONTERA sí tenía la potestad de dar por terminado el contrato unilateralmente, en cualquier tiempo, dándole previamente un aviso al contratista con treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha efectiva de su terminación, lo que quedó plenamente demostrado en el proceso,⁸⁸ y garantizaba el derecho fundamental al debido proceso de INTERCONT.

En esas condiciones el Tribunal declarará en el laudo arbitral la existencia, eficacia, plena validez y oponibilidad entre INTERCONT Y FRONTERA de la cláusula 2.32. 1 del contrato N° 9800003063 de treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018), lo que conduce al fracaso de la pretensión 4.3 de la demanda reformada.

3.2.4. De la pretensión 4.4.

La pretensión:

"4.4. En subsidio de la pretensión anterior (4.3) relativa a la ineficacia propongo la siguiente: Declare nula de nulidad absoluta la cláusula "2.32.1. TERMINACIÓN UNILATERAL ANTICIPADA" del referido contrato"

Posición de la convocante

Afirma la convocante que la cláusula resulta ser nula porque le otorgó de manera exclusiva a la convocada contratante facultades ilimitadas que la autorizaban para terminar el contrato en cualquier momento, sin justificación, sin penalidad, exonerándola de la obligación natural de pagar indemnización de perjuicios, entre otras, (hecho 5.47, reforma de la demanda).

Posición de la convocada

Al responder este hecho, la parte convocado indicó que: *"No es un hecho, es una apreciación subjetiva de la demandante, a todas luces equívoca"*, entre otras afirmaciones.

Consideraciones del Tribunal

De conformidad con lo previsto en el Código de Comercio, artículo 899: *"Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: (i) Cuando contraría una*

⁸⁷ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. MIGUEL ANGEL RINCON S. 09 09 2021

⁸⁸ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 01. INTERCONT VS FRONTERA PRUEBAS CONTESTACION. TERMINACIÓN. 27. CARTA TERMINACIÓN CONTRATO 04ENE2019.

norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa, (ii) Cuando tenga causa u objeto ilícitos y (iii) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

De otro lado, el Código Civil, artículo 1741, dispone que: “*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas*”. “*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces*”. “*Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*”.

En este caso la convocante plantea la nulidad absoluta, pero no se fundamenta en ninguno de los casos establecidos en la normas jurídicas para su ocurrencia. No ataca las formalidades del contrato, ni este se ha realizado por persona absolutamente incapaz, tampoco se ha indicado cual norma imperativa se viola, ni la encuentra el Tribunal, ni las facultades ilimitadas que la autorizaban para terminar el contrato en cualquier momento, sin justificación, sin penalidad, exonerándola de la obligación natural de pagar indemnización de perjuicios, ni ninguna otra de las planteadas en el hecho 5.47. de la reforma de la demanda constituyen un objeto o causa ilícita.

Tampoco encontró demostrado el Tribunal que la mencionada cláusula contraríe normas legales imperativas o adolezca de objeto o causa ilícitos o que se hubiese pactado entre personas absolutamente incapaces, como para declararla de oficio,

Sin más consideraciones, el Tribunal en la parte resolutive del presente laudo arbitral, negará la pretensión 4.4., subsidiaria de la 4.3.

3.2.5. Las pretensiones 4.5 y 4.6.

“4.5. Declaren que la terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la convocada fue injustificada y con culpa grave”.

“4.6. Declaren que la convocada incumplió el referido contrato, en cuanto que lo terminó en forma unilateral y anticipada”.

El Tribunal resolverá en forma conjunta estas dos pretensiones, así:

Posición de la convocante

Aduce la convocante que FRONTERA el 4 de enero de 2019 dio por terminado de manera unilateral e injustificada el contrato, con culpa grave, en aplicación de la cláusula 2.32.1 del mismo contrato, precisando que la fecha efectiva de terminación sería el 03 de febrero de 2019;⁸⁹ y que, de esta manera, incumplió el contrato al ignorar el plazo de su duración, privando a INTERCONT de la posibilidad de ejecutar el objeto contractual y obtener beneficios económicos por los cuales dio su consentimiento para celebrarlo;⁹⁰ y que FRONTERA obró con culpa grave al terminarlo sin que mediara el juicio penal contra sus representantes legales, una vez realizado el análisis interno y conocidos los

⁸⁹ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, hecho 5.37. Folio 104.

⁹⁰ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, hecho 5.48. Folio 107.

cargos imputados a dichas personas, y que, pese a no existir una condena penal la captura fue determinante que por prudencia ejercieron la cláusula de terminación del contrato.⁹¹

Posición de la convocada

Por su parte, FRONTERA adujo que no incumplió el contrato por cuanto su terminación se hizo conforme a lo pactado por las partes una vez realizado el análisis interno y conocidos los cargos imputados a los representantes legales de INTERCONT, destacando que el señor RINCON, su representante legal, no objetó ni se opuso a la terminación del contrato;⁹² que la cláusula de terminación no es ineficaz pues INTERCONT dio su consentimiento frente a la cláusula y que INTERCONT había recibido la utilidad por las obras ejecutadas.

Consideraciones del Tribunal

Un principio general del derecho, vigente desde Roma, establece uno de los dogmas del derecho privado: ***pacta sunt servanda rebus sic stantibus***. La traducción de este apotegma señala que los contratos se deben cumplir mientras se mantengan las circunstancias existentes en el momento de su celebración. Tal disposición se justifica cuando sobreviene una grave alteración de la ecuación económica originada en fenómenos cambiarios, climáticos, de geopolítica, o de estirpe semejante, y otorga a las partes del contrato el derecho a liberarse de dicha relación cuando el cumplimiento del negocio jurídico genera algún peligro para los contratantes o su cumplimiento resulta ser excesivamente oneroso.

En la convención de Viena sobre el derecho de los tratados, se consigna el artículo 62, que contiene el principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, es decir, que los tratados internacionales se deben cumplir perentoriamente pero mientras se mantengan las mismas circunstancias. Reza el artículo 62: *"CAMBIO FUNDAMENTAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de 61, a menos que: a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podría alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de 61: a) Si el tratado establece una frontera; o b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. 3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de 61, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado."*

⁹¹ Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, hechos 5.93 y 5.94. Folio 112.

⁹² Expediente Digital. Cuaderno 01. Principal. Principal 2. 04. 124838 Principal 2 – Folios 86-140 Reforma Demanda, hecho 5.37. Folio 103.

Tanto en materia del derecho de los tratados como de los contratos ordinarios, existe la posibilidad de que una de las partes denuncie el contrato o el tratado internacional, cuando quiera que ha sobrevenido un cambio sensible de las circunstancias; ese cambio desde luego debe ser una alteración objetiva de las circunstancias que genere una excesiva onerosidad para las partes mantenerse en el cumplimiento.

En el derecho privado colombiano, la inserción de una cláusula que permita el retiro a posteriori de la voluntad expresada en el contrato y por tanto la liberación de los contratantes de las obligaciones emergentes del mismo, está prevista porque el artículo 868 del código de Comercio establece la llamada teoría de la imprevisión. Según esa norma, *“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.”*

Puestas así las cosas, un contratante necesitado de justicia en la relación contractual siempre podrán acudir al juez para que éste ordene los reajustes que la equidad indique, cuando las circunstancias sobrevivientes alteraron severamente la ecuación contractual.

Pero la denuncia del contrato no es la única posibilidad al servicio de las partes, pues ellas están autorizadas para convenir la posibilidad de retiro, retracto o desistimiento del contrato, como respuesta a una necesidad surgida en el itinerario contractual, de la cual no tienen que necesariamente dar razones al otro contratante, siempre y cuando a este se le otorgue el tiempo suficiente para ajustarse a la nueva realidad.

Entonces, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, ello en principio señala que no es posible que una de ellas pueda retirar a posteriori el consentimiento prestado, lo cual sucedería si se permitiese de manera indiscriminada el retiro del contrato, es decir, deshacer las obligaciones contraídas. El problema se presenta en su mayor expresión en la tipología de los llamados contratos de tracto sucesivo, en cuyo desenvolvimiento pueden surgir situaciones que ameriten que una de las partes pueda disponer unilateralmente la terminación del contrato, siempre y a condición de hacerlo con subordinación a las reglas del propio contrato, disminuyendo en todo caso el daño que pueda resultar para la otra parte.

Se repite maquinalmente el apotegma según el cual el contrato es ley para las partes, lo cual supone preguntarse si el contrato puede contener dentro de sí las reglas que regulan su propia destrucción. Se trata de un ejercicio de auto referencia, según el cual el contrato, como hecho institucional, se refiere a sí mismo. Un hecho institucional es un conjunto de comportamientos de los sujetos de derecho, a los cuales la ley les asigna un significado y una consecuencia jurídica. No se trata de un hecho físico en sí, sino de la valoración que el derecho hace de una conjunto de conductas para darles una calificación y una consecuencia legal.

Sobre este particular la jurisprudencia y la doctrina han sido vacilantes, siempre defendiendo el postulado normatividad de los contratos y exigiendo las más de las veces que el retiro de un contratante no deje expuesta a su contraparte a un daño inmerecido. Por ello, se permite que las partes convengan como cláusulas predispuestas, que una de ellas pueda abandonar el contrato, en algunos casos pretextando algún motivo

detonante de dicha conducta, y en otros avisando con un tiempo prudencial, todo con el fin de que la otra parte pueda tomar las precauciones necesarias ante el retiro intempestivo. Se trate en todo caso de evitar la sorpresa y el abuso, bajo la premisa de que el contrato genera expectativas legítimas a todos los contratantes, lo cual implica que ellos predisponen sus economías y sus patrimonios para el desarrollo de un esfuerzo continuado, propósito que se ve frustrado ante el retiro de un contratante.

Contractualmente es posible entonces la previsión que reserva a uno de los partícipes del contrato la facultad de retirarse, ante el advenimiento de circunstancias que ese contratante juzga como suficientes para no mantenerse en el propósito que le inspiró en el momento de contratar.⁹³

Por supuesto que si el contratante es el juez de su propia permanencia en el contrato podrían lastimar los derechos de los demás; por eso la mayoría de las veces ese retiro debe estar motivado por un cambio de circunstancias que justifique dicho retracto. Cuando no se obliga al contratante a exteriorizar las razones de su retiro, en compensación usualmente los ordenamientos prevén que dicho abandono esté acompañado de un plazo razonable de preaviso. Desde luego que no es menester mayor especulación, si el retiro del contrato está precedido del incumplimiento del otro contratante, situación regulada de antaño, entre otros, en el artículo 1546 del código civil. La complejidad del asunto surge cuando nada hay que reprochar a la otra parte del contrato, pues, en principio, el retiro del contratante queda necesitado de explicación.

En suma, la combinación y el principio de normatividad de los contratos, junto con la buena fe y la interdicción del abuso del derecho, en principio establecería en una veda al retiro unilateral dispuesto por uno de los contratantes. A ello se suma que de los modos de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1625 del código civil no aparece como factor esterilizante de las relaciones contractuales el retracto, el desistimiento o la revocación unilateral, que son las nominaciones que se han convenido para el fenómeno en la doctrina.

Legislativamente el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, estableció el retracto como una modalidad en virtud de la cual, el consumidor puede, por decirlo así, atajar el comienzo del contrato y retirarse del mismo. No obstante esta expresión legislativa es puramente excepcional y tiene como condición que el contrato no haya empezado a ejecutarse, lo que hace inaplicable dicha norma en los contratos de tracto sucesivo. De un talante similar parece ser el Código Civil italiano de 1942 que contempla la posibilidad de receso o rescisión unilateral del contrato en el artículo 1373; pues a ese compendio de referencia, la revocación podrá ser ejercitada mientras el mismo no haya tenido principio de ejecución, aunque el efecto paralizante podría aplicarse a las prestaciones porvenir en los contratos de tracto sucesivo, según prevé el apartado final de la norma.

Del mismo tenor es el artículo 1077 del Código Civil y Comercial argentino, según el cual se prevé la extinción del contrato por declaración de una de las partes. *“El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.”*

⁹³ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, 433 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015).

El texto del artículo 5.1.8 de los Principios de Unidroit establece: *“Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación”*.

De manera semejante, el artículo 6:109 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos establece: *“Un contrato de duración indeterminada puede finalizar mediante notificación realizada por cualquiera de las partes con un preaviso razonable”*. El numeral 2 del artículo III-1:109 DCFR establece: *“Cuando, en un caso que supone el cumplimiento continuo o periódico de una obligación contractual, los términos del contrato no establezcan cuándo se extinguirá la relación contractual o digan que no lo hará nunca, cualquiera de las partes podrá extinguirla previa notificación con una antelación razonable. Para evaluar si la notificación se ha realizado con una antelación razonable, deberá tenerse en cuenta el intervalo entre prestaciones o contraprestaciones”*.⁹⁴

Justamente a propósito de la explotación petrolera, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del año 1941, determinó la posibilidad de que una parte se retire de un contrato, en ese caso de modo preciso si no hallaba petróleo *“...y demás hidrocarburos en cantidades explotables y de provecho comercial, o si en el curso de la explotación esos elementos disminuyeren hasta hacerla improductiva o se agotan, o si los títulos de los propietarios no resultan saneados, o si sobreviene otra causa que implique para la compañía inconveniente o perjuicio en la continuación del contrato...”*⁹⁵

Lo más interesante de este fallo del año 1941 es que la Corte examinó la cláusula a la luz del contenido del artículo 1535 del Código Civil, según el cual *“Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”*.

En ese esfuerzo interpretativo la Corte fue del parecer que la cláusula no adolecía de nulidad, que más bien se insertaba en la segunda parte del artículo 1535 del Código Civil, con lo cual inscribió la conducta sobreviviente en aquel hecho voluntario de cualquiera de las partes que le resta fuerza al vínculo.

Este criterio fue reiterado en el fallo de 14 de diciembre de 2001 en el que la Corte Suprema de Justicia, a propósito del contrato de seguro, y lo propio ocurrió en la sentencia de 30 de agosto de 2011, fue del parecer de que las partes pueden convenir en el contrato la forma en que una de ellas podría abandonar el escenario contractual.

Como ya lo dijo el Tribunal en otro parte de este laudo arbitral, fue en la sentencia de 30 de agosto de 2011 cuando la Corte hizo tal vez el más exhaustivo análisis de este tipo de disposiciones con las que las partes gobiernan los contratos; la sentencia que acaba de citarse puede tomarse como fundamento central para validar que las partes tienen poder de convenir anteladamente la forma de poner fin al contrato sin que por ello incurran en abuso del derecho o violación del deber de buena fe que inspira la contratación.

⁹⁴ La versión en español del DCFR consultada corresponde a CARMEN JEREZ-DELGADO, coord., *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (BOE, Madrid, 2015).

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de septiembre de 1941, Magistrado Ponente Ricardo Hinestrosa-Daza, *Gaceta Judicial*, tomo LII, número 1977, 36-46, 45 (1941).

Además, no se advierte en el presente caso, que la terminación del contrato este inspirada en el deseo de causar lesión o agravio, o que la ausencia del deber de motivar las razones que la inspiran sea constitutiva de abuso, más bien, lo que señalan los hechos que antecedieron a la denuncia del contrato dan cabida al apotegma *res ipsa loquitur*.

En sentido semejante al adoptado por la Corte, sobre la facultad de terminar unilateralmente el contrato conforme a una cláusula que así lo haya dispuesto previamente se expresó el Consejo de Estado en la sentencia en el fallo de 2 de mayo de 2016. El pronunciamiento del Consejo de Estado, se adoptó al decidir el recurso de anulación interpuesto por Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P., CEDELCA, en contra del laudo de 4 de abril de 2014 dictado con ocasión de las controversias suscitadas entre dicha entidad (convocada) y la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. (convocante). El Consejo de Estado desestimó la anulación del laudo arbitral recurrido, que aludió a la pretensión de la convocante en el sentido de que la terminación unilateral del contrato por la convocada, alegando incumplimiento por parte de la convocante, no estaba fundada en una justa causa. El Tribunal de arbitramento consideró que no se habían configurado en el caso concreto las causales para que la convocada terminara el contrato por justa causa y de manera anticipada y además que tal terminación había desconocido principios como la buena fe y la preservación de los contratos.

En relación con la cláusula de terminación unilateral indicó: *“Ciertamente el artículo 1602 del Código Civil prescribe que los contratos solo pueden invalidarse por causas legales o el mutuo acuerdo de las partes. En el mismo sentido, el artículo 1625 ibídem prescribe que la extinción de las obligaciones debe darse por la convención de los interesados o por las diez causales allí consagradas. Sin embargo, tal enumeración resulta insuficiente, pues el mismo Código reconoce causales adicionales en otras disposiciones, como la declaración unilateral de terminación, como sucede con el desahucio, la cesación, la renuncia o la revocación, que se encuentran reconocidas en artículos tales como el 2009, 2011, 2056, 2189 y 2193. Otro tanto sucede con el desistimiento, que constituye una forma de terminación unilateral ante la insatisfacción de las expectativas del acreedor.*

Como se aprecia, la tendencia jurisprudencial apoya la autonomía de las partes para convenir este tipo de cláusulas, lo cual viene corroborado por la ausencia de sanción legal que invalide disposiciones de esta estirpe, ante lo cual no puede la analogía suplir la voluntad del legislador.

Señaló el Consejo de Estado a propósito: *“...la autonomía privada de la voluntad permite que las partes puedan autorregular sus intereses, incluyendo las formas de terminación de sus vínculos, sin que por ello se concluya que existe un acto abusivo por alguna de ellas o que se esté desconociendo el equilibrio connatural de las partes, siempre que obren de buena fe al concluir sus relaciones.”⁹⁶*

Muy importante resulta la consideración acerca del origen de la cláusula que dispone la terminación del contrato por la voluntad de uno de sus artífices, expresada desde luego con sujeción a las mismas reglas del contrato. A ese propósito, el origen de la cláusula es insuficiente como motivo de invalidación, pues no basta que su creación haya sido

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, 2 de mayo de 2016, consejero ponente Ramiro Pazos-Guerrero, Radicación 11001-03-26-000-2014-00063-00 (51113).

inspirada por aquel contratante sobre el cual se cierne la sospecha de dominación, sino lo que es más importante es el conocimiento que tiene el otro contratante, quien conserva la libertad de adherir o abstenerse de hacerlo. En los casos de licitación o concurso, agravia la razón que aquel que atiende una invitación y quien enterado de las condiciones, entre ellas, la cláusula de terminación unilateral, consiga eliminar a sus opositores al admitir ese precepto contractual, se reserve el derecho de alegar a posteriori la invalidez de la cláusula, pues al pasar en silencio, obtuvo una ventaja frente a sus competidores. En efecto, si el contratante supuestamente adherente, obtiene el decreto de invalidez de la cláusula, para él las condiciones de contratación resultan ser más benignas que para el resto de quienes quedaron rezagados en el proceso de contratación. Lo más importante es que el contratante que adhiere haya conocido que el escenario del negocio estaba la cláusula, pues ese conocimiento le permitió calcular la retirada del otro contratante y sus efectos sobre la economía del contrato.

Luego de haber intentado una reseña no exhaustiva, el Tribunal, acoge los dictados de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, reseñadas *ab initio*, luego de lo cual concluye que la cláusula acusada es plenamente válida en el ordenamiento colombiano, que no hay regla de derecho que haya sancionado con invalidez este tipo de disposiciones y que en ningún momento hubo merma del derecho del contratante que denuncia el vicio, pues siempre estuvo asistido del derecho a no atender la invitación a contratar, y en el momento en que decidió sumarse al propósito contractual, estaba en capacidad de calcular el efecto que tendría para su economía la retirada de su par contractual. Igualmente estaba en capacidad de estimar, si el tiempo era suficiente para ajustar sus estructuras a la realidad emergente con el abandono del otro contratante.

En ese sentido, estima el Tribunal que, como ya se dijo en este laudo arbitral, resulta indiscutible la existencia, eficacia, validez y efecto vinculante de la cláusula de terminación anticipada, en virtud del principio de PACTA SUNT SERVANDA, y la misma constituye una verdadera ley para ambas partes, quienes estaban obligadas a su riguroso y estricto cumplimiento. FRONTERA al hacer uso prudente de la misma, no incumplió con ninguna de las cargas que dicha cláusula le imponía, como son dar el preaviso de manera anticipada a INTERCONT y de pagar las obras ejecutadas, circunstancias estas que fueron plenamente demostradas en el proceso.

Por tanto, estima el Tribunal que el uso legítimo de esa potestad contractual, válidamente pactada entre FRONTERA e INTERCONT, le permitía a aquella dar por terminado el contrato de manera unilateral, y no puede ser considerada como ningún incumplimiento de FRONTERA y, menos, por culpa grave como lo alegó INTERCONT.

Por lo anterior, las pretensiones 4.5 y 4.6 también serán denegadas en la parte resolutive del presente laudo arbitral.

3.2.6. De la Pretensión 4.7.

La pretensión:

“4.7. Declaren que la convocada incumplió el referido contrato, en cuanto que no ha pagado el valor acumulado de las retenciones en garantía o depósito en garantía de cumplimiento de las obligaciones que realizó a (sic) a la demandante”.

Posición de la convocante

Aduce la convocante, que INTERCONT SERVICE cumplió con todas las condiciones impuestas por FRONTERA para que esta le realizara el pago del valor de las retenciones y/o saldo de las obras ejecutadas, cumplió con sus obligaciones laborales para con el personal vinculado a la ejecución del contrato, acreditó y allegó a la contratante convocada los soportes correspondientes, y aun así esta no le ha realizado el pago.

Afirma que después de hacer todas las gestiones correspondientes para el pago de la retención en garantía se le hizo requerimiento respecto de algunas obligaciones laborales.

Indica que este requerimiento adicional de FRONTERA no es sustancial, resulta intrascendente, y no justifica que esta se niegue a pagar el saldo de la retención en garantía.

Sostiene que la conducta de Frontera no tiene justificación por cuanto se garantizó el pago de salarios, prestaciones sociales, reclamaciones e indemnizaciones mediante una póliza de seguro por el 15% del valor del contrato, por la vigencia del contrato y por tres años más. Además, nadie formuló ninguna reclamación.

Posición de la convocada

La convocada indica que la devolución de la retención en garantía es un asunto regulado contractualmente, según Cláusula 2.6. de las condiciones generales del Contrato.

Asevera que se le comunicó a la convocante acerca del incumplimiento de las obligaciones laborales y comerciales a saber: 1. Intercont no canceló el salario mínimo pactado en la política laboral de 16 trabajadores, 2. Intercont liquidó de manera indebida las prestaciones sociales de dos trabajadores, sin considerar el auxilio de transporte y 3. Intercont liquidó de manera indebida las prestaciones sociales de todos los trabajadores, sin considerar las horas extras devengadas por estos.

Con respecto a los hechos No. 59 a 65, indicó: *“Me remito a la literalidad de los correos electrónicos cruzados entre las partes. **En todo caso, es cierto que Intercont no aportó la totalidad de los documentos indicados en la cláusula 2.6 del Contrato, necesarios para acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales a su cargo. Además, debe resaltarse la demora de Intercont en la remisión de la documentación.**”* *“Intercont tardó más de dos meses en remitir parte de la documentación y tras solicitarse que la información se radicara de manera física Intercont guardó sepulcral silencio por más de siete meses. Intercont ignoró el requerimiento de Frontera Energy y en octubre de 2019 insiste en la liberación de la garantía”.* (resalta el Tribunal)

Expuso que, *“En todo caso, para Frontera Energy no es intrascendente el hecho de que un contratista haya violado los derechos laborales de sus trabajadores”.*

Afirmó además, que la retención en garantía no busca ser una seguridad en caso de incumplimiento de obligaciones laborales; se trata de una garantía en favor de Frontera Energy, por cualquier perjuicio que esta pudiese sufrir como consecuencia de la conducta de Intercont.

Consideraciones del Tribunal

Al respecto de la retención en garantía, en el contrato, condiciones especiales y generales, se estipuló que, resaltando el Tribunal algunos apartes:

"1.14. RETENCIÓN EN GARANTIA. El CONTRATISTA autoriza expresamente a LA COMPAÑÍA efectuar una retención de la cantidad equivalente al cinco por ciento (5%) sobre el valor de cada factura, a título de depósito en garantía de cumplimiento de todas las obligaciones que el CONTRATISTA contrae en virtud del presente Contrato. La devolución de las sumas retenidas en garantía a EL CONTRATISTA se hará cada 12 meses contado a partir de la firma del Acta de inicio del Contrato, mediante la firma del acta de Liquidación parcial, para lo cual EL CONTRATISTA deberá presentar los documentos de los que trata la Cláusula 2.6. RETENCION EN Garantía" de las Condiciones Generales del Contrato. (resalta el Tribunal)

"2.6 RETENCIÓN EN GARANTÍA. Las Partes expresamente manifiestan y aceptan que el pago de las facturas presentadas por ELCONTRATISTA estará sujeto a una retención por un monto equivalente a un porcentaje del valor de cada factura, establecido en las Condiciones Especiales. LA COMPAÑÍA hará las retenciones, sobre el valor de cada factura aplicando dicho porcentaje, a título de depósito en garantía de cumplimiento por ELCONTRATISTA de todas las obligaciones que contrae en virtud del Contrato. Al monto del IVA no se aplicará esta retención, siempre y cuando éste sea discriminado en las facturas. EL CONTRATISTA se obliga a incluir en cada factura que radique en LA COMPAÑÍA una nota en donde se evidencie el concepto y porcentaje de la retención mencionada. Las sumas retenidas al CONTRATISTA serán reintegradas por LA COMPAÑÍA al CONTRATISTA deduciendo, cuando fuere el caso, los montos que LA COMPAÑÍA hubiere destinado a pagar, indemnizar, reparar daños, perjuicios, obligaciones o multas por cuenta del CONTRATISTA o sus Subcontratistas. Para efectos de lo anterior el CONTRATISTA mediante la firma del presente Contrato autoriza expresamente a LA COMPAÑÍA a realizar los pagos correspondientes a nombre y por cuenta de éste para atender obligaciones suyas o de sus Subcontratistas. El CONTRATISTA tendrá un plazo de cinco (5) días calendario para subsanar el incumplimiento o tomar todas las medidas adecuadas y oportunas para subsanarlo. Para los casos en que el incumplimiento ponga en riesgo la integridad de las personas, los equipos y/o la operación, el plazo establecido para subsanar el incumplimiento, será de veinticuatro (24) horas contadas a partir de la comunicación enviada por la COMPAÑÍA.

Queda expresamente entendido y acordado que las sumas retenidas por LA COMPAÑÍA no causan intereses. Esta retención no exime al CONTRATISTA del pago de las indemnizaciones a las que haya lugar por su incumplimiento a una o todas de sus obligaciones contempladas en el Contrato. Con excepción de las deducciones mencionadas en el párrafo anterior, las sumas retenidas por este concepto se reintegrarán en su totalidad al CONTRATISTA una vez finalizado y liquidado el Contrato o en el plazo establecido en las Condiciones Especiales, mediante el procedimiento de facturación y pago descrito en el Contrato. Adicionalmente, para liberar la retención en garantía el CONTRATISTA deberá demostrar que se encuentra a paz y salvo por el pago del impuesto de industria y comercio y el complementario de avisos y tableros, en el Municipio donde desarrolló la actividad industrial, comercial o de servicios objeto de este Contrato.

Para solicitar la devolución de la retención, el CONTRATISTA debe esperar a que se le haya pagado la última factura o la que se haya establecido en las Condiciones Especiales por la ejecución del Objeto del Contrato y deberá presentar los siguientes documentos: A. Cuenta de cobro por el valor retenido, relacionando cada una de las facturas presentadas y el monto retenido. B. Listado del personal que participó en la ejecución del Contrato. C. **Paz y salvo o certificado expedido por la respectiva ARP, EPS, FONDO DE PENSIONES, CAJA DECOMPENSACIÓN FAMILIAR, ICBF y SENA, por cada trabajador, donde consten los pagos sin mora efectuados por el CONTRATISTA y/o Subcontratistas durante el periodo en que el trabajador participó en el Contrato.** D. Paz y salvo expedido por el Ministerio del Trabajo en una de sus dependencias ubicadas en el lugar donde se ejecutó el Contrato o del sitio más cercano al mismo, en el que conste que contra el CONTRATISTA y/o Subcontratistas no cursan querellas administrativas. En caso que cursen querellas, se deberá especificar el nombre del querellante y si éste hubiere participado en la ejecución del Contrato, y que el riesgo sea valorado de nivel medio a alto por el área de Relaciones Laborales de LA COMPAÑÍA, las retenciones no se podrán devolver ni se podrá firmar acta de liquidación del presente Contrato hasta tanto estos reclamos no se resuelvan. E. Relación de demandas laborales vigentes donde se encuentre vinculado a cualquier título el CONTRATISTA o sus Subcontratistas, especificando nombre del demandante, principal(es) pretensión(es), juzgado, radicado y estado actual del proceso. En caso que el demandante hubiere participado en la ejecución del Contrato, y que el riesgo sea valorado de nivel medio a alto por el área de Relaciones Laborales de LA COMPAÑÍA, las retenciones no se podrán devolver ni se podrá firmar acta de liquidación del presente Contrato, hasta tanto estos litigios no se resuelvan. F. **Copia de la(s) liquidación(es) final(es) de salario(s) y prestaciones sociales de los trabajadores que participaron en la ejecución del Contrato. En caso que el trabajador(es) continúen prestando servicios al CONTRATISTA y/o SUBCONTRATISTA(S) bajo la misma relación laboral, se deberá allegar acuerdo transaccional donde las partes (contratista empleador y trabajador) se declaren a paz y salvo hasta la fecha de terminación del Contrato.** G. Copias de las pólizas de seguros o las prórrogas de las mismas, en las condiciones exigidas en el Contrato y vigentes hasta el término estipulado en el mismo. H. **Certificado del revisor fiscal en donde consta que el CONTRATISTA se encuentra al día en el pago de salarios, aportes parafiscales y demás obligaciones laborales, legales, extralegales y convencionales, así como las indemnizaciones a que haya lugar.** Se entiende que para llevar a cabo la devolución de la retención en garantía, el CONTRATISTA debió haber cumplido con todas las obligaciones establecidas en el Contrato y no debe tener en su contra procesos judiciales, reclamaciones y/o investigaciones en los que se vincule solidariamente a LA COMPAÑÍA en razón de este Contrato. Las Partes podrán acordar una modalidad y periodicidad para la devolución de la retención en garantía en las Condiciones Especiales, no obstante para efectuar dicha devolución el CONTRATISTA deberá cumplir con los requisitos descritos en la presente Cláusula y la suma a reintegrar será hasta máximo el sesenta por ciento (60%) del valor total retenido”.

Se aportaron al proceso como prueba varios correos electrónicos, entre ellos el de 5 de diciembre de 2019, mediante el cual el señor Carlos Ruano, de la empresa Frontera Energy, escribe: “Señores INTERCONT SERVICE Atn. Representante Legal Respetados señores: **A pesar de seguir existiendo pendientes desde el punto de**

vista laboral oportunamente notificados a ustedes vía correo electrónico a finales de noviembre y que ante condiciones particulares de disponibilidad de información, vemos que dichos pendientes no podrán ser subsanables de su parte, **requerimos gentilmente se nos expida una certificación en la cual aseguren y garanticen no contar a la fecha con ninguna acreencia o reclamación laboral ni deuda con proveedores locales, por objeto de las actividades ejecutadas sobre la vigencia del contrato referido en asunto, con el fin de tramitar de manera especial el acta de liquidación de nuestra parte y proceder a la eventual devolución de retenciones de garantía. Agradecemos la expedición de este certificado de su parte lo más pronto posible, con el fin de dar curso a nuestros trámites administrativos de proceso del acta en mención**". (resalta el Tribunal)

Al respecto, al absolver interrogatorio en este proceso el señor Jorge Paredes Tamayo, representante legal de Frontera Energy Sucursal Colombia, manifestó:

*"DR. PULIDO: **Pregunta No. 20.** Gracias, señora Presidenta. Por favor, doctor Paredes, para terminar, diga por favor, con toda precisión y claridad, **cuáles son los requisitos que, de acuerdo con su decir, aún están pendientes que Intercont le cumpla a Frontera para que se realice el pago de la retención de garantía que usted señala, por favor.***

*"SR. PAREDES: Hay una comunicación que reposa en el expediente del 4 de junio del año 2020, en el que Frontera le pone de presente al contratista, **cuáles son las obligaciones de carácter laboral que está pendiente de cumplirse, y son ellas el pago a algunos trabajadores de los salarios de conformidad con la política laboral de Frontera.** Recordemos que la compañía establece en el contrato la obligación del contratista o las partes acordaron en el contrato la obligación del contratista de aplicar una política salarial a los trabajadores que contrate.*

Eso es muy común en la industria, es muy común en muchos sectores, establecer unos parámetros salariales para los trabajadores de los contratistas y esto con el ánimo de favorecer la mano de obra local, etcétera.

La segunda obligación no cumplida, es que las liquidaciones realizadas a algunos de los contratistas, no incluyó dentro de la liquidación, no incluyó el auxilio de transporte; la tercera obligación, referida a algunos contratistas es que en esas mismas liquidaciones no se tuvo en cuenta el valor de las horas extras, esas son las tres principales obligaciones incumplidas, no con Frontera, cuando es una obligación contractual cumplir con todas las disposiciones legales en materia laboral, sino principalmente con sus propios trabajadores".

También rindió testimonio el señor Carlos Ruano, gerente de control de proyectos para Frontera Energy, resaltando el Tribunal algunos apartes:

"DRA. VARGAS: Nos puede hacer un relato de lo que le conste a usted en relación con el contrato que celebró Frontera con Intercont, para el mantenimiento de la vía San Luis de Palenque?

.....

"Particularmente sobre esta terminación, otro representante de Intercont, Miguel Rincón, me escribe, me devuelve la notificación diciéndome: oiga, págume la

*devolución de la retención de garantía, y tal vez otros temas que seguramente para el cuatro de febrero estaban en curso de pago. Yo le respondí el correo al señor Miguel, no recuerdo exactamente la fecha, pero fue en el término de la distancia, diciéndole mire Miguel, vamos a empezar un proceso, esto es un proceso de auditoría normal de terminación de contrato, **le envió la lista de los documentos que tiene que recabar.***

*Hay una condición particular de la cual nosotros no nos involucramos demasiado, y es que tengo entendido que para febrero los representantes legales de Intercont estaban algo así como recluidos en la casa, no podían salir, estaban privados en una condición judicial que a mí no me consta, no conozco, pero lo sabía porque me lo dijeron en algunas conversaciones telefónicas. **Empiezo a solicitar la documentación, y hasta la fecha de lo que yo tengo, el seguimiento del contrato paró en algún momento, en el cual, tanto Miguel, especialmente porque creo que yo establecí más comunicación con él, nos dijo que ya había una información a la que no podía acceder, que eran tal vez unos paz y salvos laborales.***

Y esto es, digamos que de la información para la liquidación de contrato, este es uno de los capítulos más importantes, porque es la información que, entre comillas, salvaguarda a la compañía de cualquier corresponsabilidad frente a acreencias que tengan con mano de obra calificada o no calificada de la región. Se hizo la consulta al interior de la compañía, el contratista literalmente no puede entregar los paz y salvos. Entonces, ahí para el proceso de liquidación hasta tanto, creo, y tengo entendido a la fecha, porque hubo un cambio en la ley de responsabilidades en la compañía en abril de 2020, sobre los cuales, yo ya no estoy haciendo seguimiento específico de ese contrato, del proceso de liquidación de contrato.

Y tengo entendido que a la fecha, la documentación para la retención de garantía no se ha completado. Entonces, razón por la cual no se ha devuelto y el monto correspondiente, que si la memoria no me falla, puede ser el 5% de las facturas que se recoge y de cada factura se retira el 5%, y al finalizar el contrato y una vez cumplido los requisitos que acabo de exponer entre otros, se le devuelve la plata al contratista”.

En el mismo sentido igualmente rindió testimonio la señora Martha Ligia García, Líder Senior LEGAL de contratos de Frontera. Resalta el Tribunal algunos apartes.

“DRA. VARGAS: Y sobre la liquidación. Entonces qué le consta?

*“SRA. GARCÍA: Sobre la liquidación? Recuerdo que el administrador del contrato nos consultó la posibilidad de liquidar, lo que recuerdo es, a ver, **nuestros contratos establecen que para la liquidación y para la firma del contrato el contratista tiene que allegar unos documentos que están taxativamente relacionados en la cláusula de retención en garantía.** Recuerdo que había, es decir, recuerdo que Intercont, no había entregado una información que, el contrato pedía y recuerdo que Carlos pidió una certificación, pero el área laboral no válido, digamos el documento, como para que de alguna forma sustituyera los documentos que Intercont necesitaba allegar para, la firma del acta de liquidación, y en ese sentido, también la devolución de la retención en garantía.*

“DRA. VARGAS: Todas estas cuestiones que nos ha contado, que tuvo conocimiento en razón, a qué tuvo conocimiento, usted era la encargada de qué área o por qué? O por qué oía?”

*“SRA. GARCÍA: De nuevo, yo lidero la parte de asesoría a los administradores del contrato en su ejecución. Yo tengo, tenía en su momento, un equipo a cargo, la persona que directamente atendió a estos asuntos hacía parte de mi equipo y me copiaron en los correos relacionados, en ese sentido, tenía conocimiento de lo que está pasando. **En la liquidación, sí recuerdo que personalmente nos reunimos del área abastecimiento, el administrador del contrato, etc., como para discutir la dificultad que estaban teniendo con los documentos. De nuevo recuerdo que, Carlos pidió una certificación, pero el área laboral, no avaló la sustitución del requisito. Por decirlo en algunas palabras.**”*

En efecto, se encuentra demostrado que Intercont no ha cumplido con los requisitos exigidos, según el contrato, para la devolución de la retención en garantía, específicamente en cuanto a la entrega del paz y salvos para acreditar el pleno cumplimiento de obligaciones laborales a su cargo, por tratarse de trabajadores vinculados laboralmente para la ejecución del contrato.

INTERCONT, acepta en la reforma de la demanda, que después de hacer todas las gestiones correspondientes para el pago de la retención en garantía se le hizo requerimiento respecto de algunas obligaciones laborales (hecho 5.65). Sin embargo, afirma que este requerimiento adicional de FRONTERA no es sustancial, resulta intrascendente, y no justifica que esta se niegue a pagar el saldo de la retención en garantía (hecho 5.66).

Cabe resaltar en primer lugar, que el trabajo es un principio fundante de nuestro Estado social de derecho y rector del ordenamiento jurídico, y por ende los derechos de los trabajadores se encuentran protegidos de manera especial y reforzada por nuestra Constitución y por tratados y convenios internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, incluida la garantía a la seguridad social, con carácter irrenunciable, para su protección contra abusos de que puedan ser objeto, en cuanto son indispensables para asegurarles un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana⁹⁷. Obligaciones del empleador derivadas de la relación laboral, que en el marco constitucional son impuestas por el legislador, como la de pagar los aportes a la seguridad social de conformidad con la ley, y que este debe cumplir de buena fe (C.P. artículo 83), además como garante de la sostenibilidad del Sistema.

Según testimonios aportados por la misma empresa INTERCONT SERVICE, la comunidad del sector donde se ejecutó al contrato objeto del proceso, de manera regular realiza protestas contra la empresa FRONTERA por el no pago de sumas de dinero que los contratistas quedan adeudando a los prestadores de servicios y trabajadores, cuando concluyen sus contratos, bajo el entendido de que es esta empresa a la que le corresponde garantizar dicho pago solicitando los paz y salvos respectivos al momento de la liquidación de sus contratos, so pena de tener que asumir dichas obligaciones.

En efecto, rindió testimonio el señor Cesar Arnulfo Avendaño, Personero de San Luis de Palenque para la época del contrato, sobre las reclamaciones de la comunidad a la

⁹⁷ Sentencia C-070 de 2010, entre otras.

empresa Frontera, cuando los contratistas no pagan a los prestadores de servicios. Resalta el Tribunal algunos apartes:

“DR. PULIDO: [00:25:58] Dentro de los incumplimientos que usted mencionó, que eran motivo de inconformidad de la comunidad y que llevaba a las protestas, usted le dijo al Tribunal que una razón de esas eran deudas con las operadoras, ¿a qué hace relación ese tema de deudas con las operadoras? Si es tan amable.

*SR. AVENDAÑO: [00:26:25] Dentro de las mesas de trabajo que se desarrollaron, en este caso con la operadora Frontera Energy, había una situación en particular con la contratista La Palenquera, quien era la encargada de camiones placas blancas, de transporte tipo especial, existe, manifestaban de que **se le advirtió a la operadora de que no se siguiera contratando con la empresa Palenquera porque existía irregularidades en el tema de pagos, atraso de pagos**, aun así se siguió contratando con esa contratista y sucedió lo anunciado, **la contratista quedó con un no pago a los propietarios del municipio, no solo del área de influencia directa, sino también a gente del municipio, con un faltante por pagar de \$1.500 millones de pesos.***

Situación que más adelante, quien adquirió esa deuda y la terminó pagando fue la operadora Frontera Energy, situación mucho tiempo después, casi dos años, tres años que se generó el pago de esa deuda, pues eso antecedió a que muchas personas entraran en quiebra, pues el no pago por la prestación de servicios, en lo que muchos se declaran en bancarrota con sus vehículos, teniéndolos que vender.

En el mismo sentido rindió testimonio la señora Misledis Duarte Conde, quien trabajó con Intercont. Declaró que se le pagaban prestaciones sociales con base en el salario mínimo mensual legal vigente, aunque su salario era mayor, por arreglos internos con la empresa Intercont. Resalta el Tribunal algunos apartes:

“DR. PULIDO: Qué sabe de esas protestas usted?

“SRA. DUARTE: Lo que sé de esas protestas es que se había hecho un pliego de peticiones, más o menos con 12 peticiones, tanto por temas de contratación a mano local, por bienes y servicios, por incumplimiento a algunas inversiones sociales, y porque estaban afectando la parte ambiental debido a que estaban haciendo riego sobre la vía, con agua que no estaba bien tratada y aún tenía partículas que contaminan, y a la gente de la región se le estaban muriendo los animales porque estaban tomando agua de esa, y porque a esa gente le estaban debiendo unos servicios que habían prestado como de alimentación, servicio de vehículos desde hacía muchos años atrás y se sentían perdidos, porque nadie les estaba respondiendo por ese dinero.

“DRA. VARGAS: Para precisar en ese punto, quién era el responsable de hacer esos pagos?

“SRA. DUARTE: El responsable de hacer esos pagos era Frontera, porque él tenía que garantizar en su momento, de que los contratistas que obtuvieron esos servicios, asimismo entregaran un paz y salvo de que habían quedado al día con todas esas personas que prestaron estos servicios.

“DRA. VARGAS: **Y quién tenía que entregar ese paz y salvo?**

“SRA. DUARTE: **Cada contratista a Frontera.**

.....

“SRA. DUARTE: Esas protestas que se hicieron en 2018, vienen por una problemática de años más atrás, por qué peleaba esta gente? **Porque años atrás empresas contratistas de Frontera, le estaban debiendo unos servicios que le había prestado gente de la comunidad.** Qué servicios eran? Como alimentación, servicios de transporte, entonces, a raíz de eso eran las protestas.

“DRA. VARGAS: Por eso, **luego los contratistas de Frontera eran los que tenían que hacer esos pagos?**

“SRA. DUARTE: **Tenía que hacer esos pagos, y cómo Frontera garantizaba que los contratistas hubieran hecho esos pagos a esas personas? Por medio del paz y salvo.**

“DR. QUINTERO: Usted nos manifiesta que las manifestaciones eran por deudas que habían con contratistas o con personas locales que daban servicios de alimentación y transporte, y refirió expresamente que el responsable era Frontera, porque tenía que garantizar que los contratistas presentaran los paz y salvos, correcto?

“SRA. DUARTE: Así es.

“DR. QUINTERO: Esa afirmación que usted hace con base en qué la hace, qué conocimiento tiene usted para afirmar que la responsabilidad es de Frontera, se lo dijeron, consultó algún documento, es una opinión propia?

“SRA. DUARTE: **En las reuniones que se hacían de socialización, siempre se tocaban esos temas y decían que era responsabilidad de Frontera, porque es como todo, si yo contrato a cualquier persona, yo tengo que garantizar y si ella subcontrata a otra, tenemos que garantizar que se estén cumpliendo los pagos o todos los servicios que se hayan prestado.**

....

“DR. QUINTERO: Perfecto. **Usted sabe o conoce que Intercont le liquidó sus prestaciones sociales, su seguridad social, pensiones con base en el salario mínimo de \$781.242 pesos?**

“SRA. DUARTE: **Sí señor, esos fueron unos acuerdos internos que hicimos nosotros, pero ellos me daban unos bonos.**

“DR. QUINTERO: **Cuánto era su salario?**

“SRA. DUARTE: **Un millón seiscientos algo.**

“DR. QUINTERO: Nos puede comentar más de esos arreglos internos que hicieron?

“SRA. DUARTE: **Mi sueldo estaba en millón seiscientos, que no recuerdo el otro poquito, me daban transporte, alimentación, hospedaje, lavado de ropa**

y fuera de eso, me daban unos bonos mensuales; y lo mismo si hacía horas extras, también me daban el pago de mis horas extras. Esos eran los acuerdos que teníamos con ellos.

“DR. QUINTERO: Usted sabe que la política de Frontera de salario mínimo es de \$1.770.000 pesos?

“SRA. DUARTE: Sí señor.

“DR. QUINTERO: A usted entonces le pagaban menos de esa cifra?

“SRA. DUARTE: No tengo certeza de cuánto era el valor en ese momento, pero si estaba de millón seiscientos, algo más adelantico.

En efecto, el requerimiento que hizo Frontera a Intercont, respecto de algunas obligaciones laborales, en cuanto exigió la presentación de los paz y salvo respectivos, de conformidad con el contrato, para proceder con la liquidación del mismo y a la devolución de la retención en garantía, no es asunto insustancial e intrascendente, que no justifique la negativa al pago del saldo de dicha retención como lo afirma la convocada.

Además de tener en cuenta la responsabilidad que tiene la empresa INTERCONT por el pago y cumplimiento de sus obligaciones laborales, la retención en garantía, como su nombre lo indica, es una garantía de cumplimiento de todas las obligaciones que el contratista contrae en virtud del contrato, para cuya devolución debe presentar los documentos requeridos que muestren el cumplimiento de las mismas (Contrato, Cláusula 1.14. Condiciones especiales). Retención a título de depósito, que tiene como fin que la contratante pueda atender obligaciones dejadas de cumplir por su contratista o subcontratistas, entre ellas las del orden laboral, según autorización que se entiende otorgada por la firma del contrato respectivo, sumas que serán reintegradas por LA COMPAÑÍA al CONTRATISTA una vez finalizado y liquidado el Contrato, de conformidad con el mismo, una vez el CONTRATISTA demuestre que se encuentra a paz y salvo, entre otros, con el pago de salarios y prestaciones sociales, de conformidad con la ley.

En efecto, si el contratista a la terminación del contrato no acredita haber cumplido con el pago de todas las obligaciones laborales a su cargo, incluido el pago de aportes para la seguridad social de conformidad con la ley, no es posible que dichas retenciones sean reintegradas a la contratista por cuanto se encuentran garantizando dichos pagos, los que eventualmente podrían ser reclamados a la compañía contratante y deberían ser cubiertos por esta.

En el presente caso, es claro que la convocante no acredita haber presentado toda la documentación requerida para la devolución de la retención en garantía. Requisitos entre los cuales no se encuentra la presentación de pólizas de seguro que eventualmente puedan cubrir el incumplimiento de obligaciones laborales.

En consecuencia, la pretensión 4.7. no prospera.

3.2.7. De las pretensiones de Condena de la Reforma de la Demanda: 4.8; 4.9.; 4.10; 4.11; 4.12; 4.13; 4.14; 4.15; 4.16.

Como ha quedado establecido en este Capítulo, de las pretensiones declarativas principales y sus subsidiarias, únicamente prosperan las pretensiones 4.1 y 4.2 relativas a la existencia del Contrato No. 9800003063 del veintitrés (23) de julio de dos mil dieciocho (2018), celebrado entre las partes del presente trámite arbitral; y lo referente a su régimen jurídico, el cual como ya se anunció es de naturaleza mercantil.

En consecuencia, al rechazar las demás pretensiones declarativas, por sustracción de materia no hay lugar a declarar pretensiones de condena, por lo cual dichas pretensiones, también serán negadas.

3.3. Pronunciamiento sobre las excepciones

3.3.1. La excepción de nulidad por causa ilícita del Contrato

No escapa a la atención del Tribunal el estudio de la excepción que propuso FRONTERA al contestar la reforma de la demanda, argumentando para ello que el contrato sometido a su consideración adolecería de nulidad por causa ilícita por cuanto, en su sentir, INTERCONT utilizó el ingreso económico del contrato como fuente de financiación y de enriquecimiento para financiar a un grupo delincuenciales (organizado por el representante legal de INTERCONT y su esposa, con el propósito de realizar protestas violentas) contra FRONTERA durante las cuales resultaron lesionadas algunas personas y bienes de su propiedad, todo con el fin ilegal de obtener dádivas en su propio provecho y perjudicar a la empresa. Esta excepción se dirigió *prima facie* a buscar la anulación del contrato debatido, por conllevar una clara discusión sobre la existencia y validez de la relación debatida en el proceso, en cumplimiento de la regla contenida en el inciso cuarto del artículo 282 del CGP⁹⁸

Con tal fin, sostuvo FRONTERA que con base en las evidencias recaudadas se podría colegir que, con los recursos desembolsados por la empresa en el desarrollo del objeto del contrato, se estaría financiando dicho grupo delincuenciales, lo que viciaría el contrato por existir una causa ilícita.

Sostuvo también, que la cláusula 2.23 de las condiciones generales del contrato, prohibía expresamente a INTERCONT financiar grupos al margen de la ley, obligación que fue incumplida por INTERCONT al haber contratado o pagado a las personas que organizaban dichos ataques violentos tendientes a generar presiones ilegítimas.

Afirmó, igualmente, que siendo la causa “el motivo que induce al acto o contrato”, o sea “los móviles que inducen a las personas a la celebración de los actos jurídicos” y que tales móviles son ilícitos cuandoquiera que sean “inmorales o contrarios al orden público”, como sucede cuando el contrato es usado para la comisión “de un crimen o de un hecho inmoral”, conforme al artículo 1524 del Código Civil, concluye entonces que la intención de INTERCONT al celebrar el contrato era beneficiar a las personas que

⁹⁸ Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.

TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

conformaban dicho grupo delincencial, lo que afectaría de nulidad absoluta el contrato al haberse configurado el supuesto fáctico del artículo 1525 del Código Civil al haberse suscrito por INTERCONT el contrato a sabiendas de su móvil ilícito.

Para resolver esta excepción, estima el Tribunal que en el expediente solo obra la prueba de las diligencias que FRONTERA adelantó ante la Fiscalía General de la Nación para que se investigaran los hechos denunciados, registros documentales que fueron aportados al expediente. Además, obran las declaraciones de los testigos FERNANDO PINEDA,⁹⁹ MISLEDIS DUARTE CONDIS,¹⁰⁰ LADY LORENA ROJAS,¹⁰¹ JOSE IRENARCO TAPIAS¹⁰², así como el interrogatorio de parte que rindió el señor MIGUEL ANGEL RINCON, representante legal de INTERCONT¹⁰³.

No obstante, de dichas pruebas no emerge la causa ilícita inductiva del contrato, pues consisten apenas en registro de trámites que aún se encuentran pendientes del resultado que arrojaría el proceso penal, juicio que no ha concluido con una sentencia definitiva. No hay prueba de la conclusión del proceso seguido, pues durante el presente trámite arbitral tan solo se aportó como prueba el escrito de acusación de dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019),¹⁰⁴ que la Fiscalía formuló ante los jueces competentes, acusación que apenas provoca la obligación del ente acusador de demostrar su hipótesis delictiva. Ahora bien, en relación con los testigos mencionados y el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de INTERCONT, tampoco podría concluir el Tribunal que se han acreditado los fundamentos fácticos que configurarían la causal de nulidad invocada, pues ellos no aparecen demostrados o acreditados en el proceso ya que estando apenas en progreso el juicio penal, la acusación configura solo una hipótesis por ahora ayuna del total respaldo probatorio.

Destaca así el Tribunal que el propio apoderado de FRONTERA da cuenta en sus escritos de contestación de la reforma de la demanda y en su alegato de conclusión, de unas investigaciones que dice fueron adelantadas por los organismos de inteligencia que apenas darían cuenta de la existencia del grupo delincencial y de su conformación; así como de la ejecución de algunos supuestos actos delictivos por parte de unos jinetes encapuchados encaminados a producir daño a FRONTERA, así como de otros actos violentos que igualmente aún son investigados por la Fiscalía y que, aparentemente, ocurrieron con posterioridad a la celebración del contrato y no antes, y de los cuales tampoco se puede concluir la configuración de la causal de nulidad invocada por FRONTERA, en especial por el anonimato de sus autores.

Por lo demás, en el plenario no reposan los medios de convicción suficientes que permitan al Tribunal colegir que INTERCONT haya emprendido acciones contrarias al

⁹⁹ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. FERNANDO PINEDA SOLARTE 30 09 2021

¹⁰⁰ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. MISLEDIS DUARTE CONDIS 15 09 2021

¹⁰¹ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. LADY LORENA ROJAS 14 10 2021

¹⁰² Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. JOSE IRENARCO TAPIAS 21 09 2021

¹⁰³ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. MIGUEL ÁNGEL RINCÓN S. 09 09 2021

¹⁰⁴ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 01. INTERCONT VS FRONTERA. PRUEBAS CONTESTACIÓN. CARPETA ASUNTOS PENALES. 35. Escrito de acusación – Ferney Salcedo y otros.

postulado de la buena fe, o que hayan tenido o tengan como propósito o resultado, afectar el funcionamiento o desarrollo de las operaciones sociales de FRONTERA.

Lo único que sí se logró demostrar en el expediente fue que, a pesar de la gravedad de los hechos relatados, FRONTERA optó prudentemente en no invocarlos al hacer uso de la facultad que le permitiría dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, lo cual hizo cumpliendo para ello con la totalidad de los plazos y demás condiciones previstas en la cláusula de terminación anticipada, desligándose así del contratista INTERCONT, sin formularle reproche alguno, tal como lo declaró la señora LUZ MARIA ZEA CABRERA.¹⁰⁵

Por todo lo anterior, el Tribunal declarará en la parte resolutive del laudo arbitral que no prospera esta excepción.

3.3.2. De las otras excepciones.

Según lo indica el artículo 282 del C.G.P, el Tribunal sólo debe pronunciarse respecto de aquellas excepciones que busquen infirmar las pretensiones que, en principio, resultaron favorables, siendo este el entendimiento que tiene sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“ (...)De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido ‘y por indagar si al demandante le asiste.

Cuando esta sugerión inicial es respondida negativamente, la absolución del convocada se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen. (G.J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)”¹⁰⁶

Así las cosas, en los capítulos anteriores el Tribunal expuso ampliamente las razones que lo llevaron a declarar la prosperidad parcial de las Pretensiones 4.1. y 4.2. relativas a la existencia de la relación contractual, y el régimen jurídico aplicable al contrato; y a denegar todas las demás. Así mismo, también abordó la excepción de la “Causa ilícita”, lo cual conllevaría a la nulidad de contrato, la cual no se encontró probada de conformidad con lo expuesto.

En consecuencia, como la gran mayoría de pretensiones no prosperarán, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre las restantes excepciones que hubieren sido encaminadas contra aquellas, por ser innecesario su análisis.

IV. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

Como quiera que el artículo 280 del Código General del Proceso establece el deber del juez de calificar en este momento la conducta procesal de las partes, y de ser el caso deducir indicios de ella, el Tribunal pone de presente que durante el presente trámite el comportamiento de las partes y de sus apoderados se ha ceñido a los principios de

¹⁰⁵ Expediente Digital. Cuaderno de 02. Pruebas No. 02. 08. TRANSCRIPCIONES. LUZ MARIA ZEA 23 09 2021

¹⁰⁶ Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886- 2006, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406. (G.J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)

transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada y su disposición para atender de la mejor manera los requerimientos del Tribunal para el adecuado desarrollo del proceso.

V. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

La Ley 1563 de 2012, prevé para la iniciación del trámite arbitral que la demanda cumpla con los requisitos establecidos en el Código General del Proceso, el cual en el numeral 7° del artículo 82, estipula que debe contener: “*el juramento estimatorio, cuando sea necesario*”.

Respecto del juramento estimatorio, este se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 206 del Código General del Proceso, en el cual reza:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento. (...). (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo planteado en este artículo, el juramento estimatorio es un requisito formal de la demanda que debe estar razonadamente justificado y discriminado, ya que es un medio de prueba que se puede tornar en definitivo frente a la cuantía, en especial en lo que respecta a los perjuicios declarados en los eventos en que no sea debidamente objetado por el convocada, objeción que solo procede cuando se especifica razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación.

En lo que respecta al caso en estudio, la sociedad Convocante formuló juramento estimatorio de sus pretensiones en la reforma de la demanda, reclamando indemnización de perjuicios por concepto de lucro cesante por “*falta de pago del saldo de las obras y/o retención de garantía o depósito de garantía y por la utilidad dejada de percibir*”. **Así mismo, la demanda procedió con la objeción al juramento estimatorio**, en el escrito de Contestación de reforma de la Demanda.

Por otra parte, si bien no se accedió a ninguna de las Pretensiones condenatorias, ello no fue por culpa del demandante, sino por la valoración que el Tribunal hizo de las pruebas y de las cláusulas contractuales, donde no encontró acreditadas las pretensiones. Luego, siguiendo el precedente fijado por la sentencia C- 157 de 2013, la cual dispone:

“ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma convocada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”.

Lo cual significa que, para la prosperidad de la sanción no basta con que se nieguen las pretensiones indemnizatorias, sino que adicionalmente se requiere que se evidencie un actuar negligente del demandante, pues en nuestro sistema no cabe la responsabilidad objetiva.

En consecuencia, considera el Tribunal que el demandante no actuó de mala fe, con temeridad o falta de diligencia, motivo por el cual, no hay razón probatoria para imponer las condenas establecidas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

VI. COSTAS PROCESALES

En lo que tiene que ver con las costas del proceso el artículo 365 del Código General del Proceso prevé:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...)*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”* (Considerandos del ACUERDO No. PSAA16-10554 del 5 de Agosto de 2016).

Considera el Tribunal que al no prosperar las pretensiones de condena, ni la excepción de causa ilícita, lo que corresponde es condenar a INTERCONT SERVICE S.A.S., al pago del 50% de las costas y agencias en derecho de conformidad con la siguiente liquidación:

- (i) Mediante Auto No. 9 del primero (1) de julio de dos mil veintidós (2022) (Acta No 8), se fijaron los honorarios y gastos del Tribunal por valor total de **CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$50.242.750)**¹⁰⁷.

En el presente trámite arbitral, teniendo en cuenta que las dos partes pagaron las sumas que corresponden por concepto de gastos y honorarios del Tribunal, en iguales proporciones, en la parte resolutive de este Laudo se ordenará el pago por la parte demandante a favor de la parte demandada, de las sumas que está parte consignó por concepto de gastos y honorarios del Tribunal Arbitral. Por lo anterior, la parte Demandante deberá pagar al Demandado la suma de **VEINTICINCO MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$25.121.375)** por concepto de los gastos en que tuvo que incurrir el Convocado en el presente trámite arbitral.

- (ii) Adicionalmente, para la fijación de las agencias en derecho se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P.¹⁰⁸, y en consecuencia los rangos dispuestos en el artículo 5 del ACUERDO No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, tomando como base para la liquidación de las mismas, el 5% sobre el valor de las pretensiones de contenido pecuniario de la demanda, las cuales ascienden a la suma de **CUATROCIENTOS VEINTIÚN MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS (\$421.711.313)**.

Conforme a lo anterior, la suma de **VEINTIÚN MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$21.085.565)**, corresponde al concepto de agencias en derecho, suma que en el 50%, es decir **DIEZ MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$10.542.782)**, deberá pagar la parte Convocante a la parte Convocada.

En consecuencia, se condenará a la parte Convocante a pagar a la parte Convocada, por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$35.664.157)**.

¹⁰⁷ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 2. 12. 124838 Principal 2 – Acta 8 (Auto 9 y 10) Folios 293-304. Folio 298.

¹⁰⁸ Código General del Proceso, artículo 366.

Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

VII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de los antecedentes y consideraciones expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias surgidas entre por **INTERCONT SERVICE S. A. S.**, de una parte, y **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**, de la otra, en decisión unánime y administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de nulidad del contrato por causa ilícita, propuesta por **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**.

SEGUNDO: **DECLARAR** que entre **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA** e **INTERCONT SERVICE S. A. S.**, se celebró el contrato distinguido con No. 9800003063 el día 23 de julio de 2018.

TERCERO: **DECLARAR** que el mencionado contrato es mercantil y se gobierna por las normas de ese régimen legal.

CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, **DENEGAR** las pretensiones, 4.3.; 4.4. subsidiaria de la 4.3. principal; 4.5.; 4.6.; 4.7.; 4.8.; 4.9.; 4.10.; 4.11.; 4.12.; 4.13.; 4.14.; 4.15. y 4.16.; impetradas en la demanda principal y su reforma por **INTERCONT SERVICE S. A. S.** en contra de **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA**.

QUINTO: **CONDENAR** a **INTERCONT SERVICE S. A. S.**, a pagar a **FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA** el 50% de costas y agencias en derecho, que se fijan en la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$35.664.157)**, pago que se deberá realizar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que se profiera el presente Laudo arbitral.

SEXTO: **DECLARAR** que en este proceso arbitral no hay lugar a imponer las sanciones a que se refiere el artículo 206 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: **DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.3 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y teniendo en cuenta la deducción para el pago de la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. Cada una de las Partes expedirá los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, la Presidenta hará la liquidación final de gastos y devolverá el saldo, si lo hubiere.


OCTAVO: **DISPONER** que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo

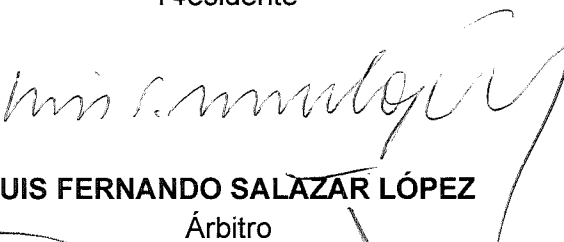
TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

arbitral a cada una de las partes con las constancias de ley.

NOVENO: DISPONER que por Secretaría se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.


CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Presidente


LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ
Árbitro


EDGARDO VILLAMIL PORTILLA
Árbitro


VERÓNICA ROMERO CHACÍN
Secretaria

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	1
1.1. El trámite.....	1
1.1.1. Partes procesales.....	1
1.1.2. El contrato.....	2
1.1.3. La cláusula compromisoría.....	2
1.1.4. La convocatoria del Tribunal.....	2
1.1.5. La integración del Tribunal.....	2
1.1.6. Instalación.....	3
1.1.7. Admisión de la demanda.....	3
1.1.8. Contestación de la demanda, objeción al juramento estimatorio, excepciones de mérito y traslado de las mismas.....	3
1.1.9. Reforma de la demanda.....	4
1.1.10. Renuncia de la secretaria del Tribunal.....	4
1.1.11. Contestación a la reforma de la demanda, objeción al juramento estimatorio, excepciones y traslado de las mismas.....	4
1.1.12. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos del proceso.....	4
1.1.13. Primera audiencia de trámite.....	5
1.1.14. Audiencias.....	5
1.1.15. El expediente.....	5
II. SÍNTESIS DEL PROCESO.....	6
2.1. La demanda.....	6
Las pretensiones.....	6
Los hechos.....	6
El juramento estimatorio.....	6
2.2. La contestación de la reforma de la demanda.....	6
2.3. La demanda reformada.....	7
Las pretensiones de la demanda reformada.....	7
Hechos planteados en la demanda reformada.....	8
El juramento estimatorio en la reforma de la demanda.....	23
2.4. Contestación de la demanda reformada.....	26
En cuanto a las pretensiones.....	26
En cuanto a las excepciones.....	28
En cuanto al juramento estimatorio.....	29
2.5. Pruebas decretadas y practicadas.....	31
Pruebas documentales.....	31
Interrogatorio y declaración de parte.....	31
Testimonios.....	32
Exhibición documental en poder de la convocada.....	33
Exhibición de documentos a cargo de la convocante.....	34
Informes decretados.....	34
Dictamen Pericial.....	36
Cierre de la etapa probatoria.....	37
2.6. Alegatos de conclusión.....	37
III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	37
3.1. Presupuestos Procesales.....	37
Demanda en forma.....	38
Capacidad.....	38
Competencia.....	38
Término para fallar.....	38
3.2. Consideraciones del Tribunal.....	39
3.2.1. De las pretensiones 4.1. y 4.2. de la demanda reformada.....	39
3.2.2. De la pretensión 4.3. de la demanda reformada.....	41
3.2.4. De la pretensión 4.4.....	61
3.2.5. Las pretensiones 4.5 y 4.6.....	62
3.2.6. De la Pretensión 4.7.....	68
3.2.7. De las pretensiones de Condena de la Reforma de la Demanda: 4.8; 4.9.; 4.10; 4.11; 4.12; 4.13; 4.14; 4.15; 4.16.....	78
3.3. Pronunciamiento sobre las excepciones.....	78
3.3.1. La excepción de nulidad por causa ilícita del Contrato.....	78
3.3.2. De las otras excepciones.....	80
IV. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.....	80

TRIBUNAL ARBITRAL
INTERCONT SERVICE S.A.S.
VS
FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP. SUCURSAL COLOMBIA

V. EL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	81
VI. COSTAS PROCESALES	82
VII. PARTE RESOLUTIVA.....	84