

Tribunal de Arbitramento

Consorcio CCIM

v.

Ecopetrol S.A.

Noviembre 24 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., veinticuatro de noviembre de dos mil cinco.

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas por el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998, para la debida instrucción del trámite arbitral aquí propuesto, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento procede a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre el Consorcio CCIM conformado por las Sociedades Cilindros Colombianos S.A. Cicolsa S.A., Comité de Empresas Distribuidoras de Gas, Codigás GLP, Industrial y Comercial de Gas, Incogás en liquidación, Industria Metalmecánica del Gas S.A. MIG S.A. y Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. y la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., por la celebración y ejecución de los contratos GLP —ECP— Z1, Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8, suscritos el 30 de marzo de 2001, previos los siguientes antecedentes y preliminares.

1. Antecedentes

1.1. Los contratos.

Con fecha 30 de marzo de 2001, la Sociedad Fiduciaria Popular S.A., actuando en nombre y representación de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, y el Consorcio CCIM, suscribieron los contratos GLP-ECP-Z1-2001, GLP-ECP-Z2-2001, GLP-ECP-Z3-2001, GLP-ECP-Z4-2001, GLP-ECP-Z5-2001, GLP-ECP-Z6-200(sic) y GLP-ECP-Z7-2001 y GLP-ECP-Z8-2001, cuyo objeto consistió en la recolección, transporte, mantenimiento, reparación, destrucción y reposición de cilindros y válvulas utilizados para el almacenamiento del gas licuado del petróleo (GLP) domiciliario, comercial e industrial, con recursos provenientes del margen de seguridad de la estructura de precios al consumidor, en los términos y condiciones pactados, contratos todos, que se liquidaron por actas suscritas el 5 de mayo de 2004; de su celebración y ejecución se suscitan las controversias originarias de este trámite arbitral.

1.2. El pacto arbitral.

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de compromiso celebrado el 3 de junio de 2004, sometiendo a decisión en derecho de un tribunal de arbitramento conformado por tres árbitros designados de común acuerdo, las controversias derivadas enunciadas en su objeto, cuyo contenido, en lo pertinente, es el siguiente:

“Cláusula primera. Objeto. El objeto de este compromiso es la integración de un tribunal de arbitramento que resuelva, de manera exclusiva, las diferencias presentadas entre el Consorcio CCIM y Ecopetrol S.A., este último actuando en su condición de administrador de los recursos del margen de seguridad de GLP, las cuales quedaron contenidas en las actas de liquidación con salvedades de los contratos GLP-ECP-Z1-2001, GLP-ECP-Z2-2001, GLP-ECP-Z3-2001, GLP-ECP-Z4-2001, GLP-ECP-Z5-2001, GLP-ECP-Z6-2001, GLP-ECP-Z7-2001 y GLP-ECP-Z8-2001, y que a continuación se individualizan y delimitan como materia del arbitramento:

Menores cantidades de trabajo: \$ 14.794.196.648

Reajuste por materiales: \$ 1.253.440.345

Transporte orden público: \$ 43.506.145

Pruebas neumáticas: \$ 939.931.952

No entrega aplicativo (*software*): \$ 196.412.879

Aplicación indebida multas y cláusula penal: \$ 1.638.044.335

Dstrucción Cilindros & Chatarra: \$ 51.435.148

Total: \$ 18.916.967.452

Adicionalmente, dado que Ecopetrol, en virtud de la delegación efectuada por el artículo 10 de la Resolución 8-2637 de 1997 modificada por la Resolución 8-0091 de 1998 del Ministerio de Minas, era un simple administrador de los recursos del margen de seguridad de GLP, el tribunal en primer lugar deberá definir, en caso de condena, con cargo a qué recursos se imputan dichas condenas. En todo caso la decisión que adopte el tribunal de arbitramento deberá incorporar las obligaciones y consecuencias legales y económicas que a cada empresa le corresponden”.

(...).

“Cláusula sexta. Limitación cuantitativa de la responsabilidad de Ecopetrol. La competencia del tribunal de arbitramento se limita al conocimiento de las controversias contractuales que obran en las actas de liquidación de los contratos GLP-ECP-Z1-2001, GLP-ECP-Z2-2001, GLP-ECP-Z3-2001, GLP-ECP-Z4-2001, GLP-ECP-Z5-2001, GLP-ECP-Z6-2001, GLP-ECP-Z7-2001 y GLP-ECP-Z8-2001 y en las salvedades consignadas por el contratista en las mismas.

Por consiguiente, las partes convienen que el monto máximo de las pretensiones que se someterán al tribunal de arbitramento estará delimitado por el monto consignado en las salvedades consignadas por el contratista en las respectivas actas de liquidación de los contratos mencionados. En consecuencia, el monto máximo de las pretensiones del Consorcio CCIM que se someterán al tribunal de arbitramento asciende a la suma de \$ 18.916.967.452, más los intereses y la actualización de dicho monto hasta la fecha en que se pronuncie el tribunal en su laudo, suma que limitará la eventual responsabilidad de Ecopetrol y el monto del pronunciamiento del tribunal de arbitramento con relación a las pretensiones del Consorcio CCIM” (cdno. pbas. 1, fls. 000013-000018).

1.3. Partes procesales.

1.3.1. Parte convocante.

La parte convocante o demandante de este trámite es el Consorcio CCIM integrado por las sociedades Cilindros Colombianos S.A., Cicolsa S.A., domiciliada en la ciudad de Bucaramanga y representada legalmente por el doctor Javier Rodríguez Ordóñez; Comité de Empresas Distribuidoras de Gas, Codigás GLP, domiciliada en el municipio de Soacha y representada legalmente por el doctor Hugo Higuera Sanabria; Industrial y Comercial de Gas, Incogás, en liquidación, domiciliada en el municipio de Soacha y representada legalmente por la doctora Diana Briceño; Industria Metalmecánica del Gas S.A., MIG S.A., domiciliada en la ciudad de Ibagué y representada legalmente por el doctor Pablo Édgar Galeano Calderón y Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., domiciliada en la ciudad de Bogotá y representada legalmente por el doctor Jorge Alberto Díaz Bohórquez, todos mayores de edad y vecinos de esta ciudad.

En este trámite arbitral está reasentado judicialmente por el doctor Bruno Camargo Giraldo, abogado de profesión, con tarjeta profesional número 86.145 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible al folio 000158 del cuaderno principal 1.

1.3.2. Parte convocada.

La parte convocada o demandada del presente trámite arbitral es la Empresa Colombiana de Petróleos “Ecopetrol S.A.”, sociedad pública por acciones creada por autorización de la Ley 165 de 1948, cuya estructura orgánica se modificó mediante el Decreto 1760 del 26 de junio de 2003, entidad de derecho público domiciliada en Bogotá, D.C., representada legalmente por su presidente, doctor Isaac Yanovich Farbaiarz, no obstante que en este proceso

la representación judicial fue conferida por su apoderado general Rafael Gilberto Manrique Vaca, mayor y de este vecindario, conforme al poder general otorgado según escritura pública 1261 de 14 de agosto de 2003 de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá. Igualmente, en el presente proceso ha actuado como apoderado general el doctor Federico Maya Molina, de conformidad con el poder contenido en la escritura pública 2333 otorgada el 13 de agosto de 2003 en la Notaría Treinta y Tres del Circuito de Bogotá.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor Weiner César Ariza Moreno, abogado de profesión con tarjeta profesional 43.296 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible al folio 000209 del cuaderno principal 1.

1.4. Iniciación del trámite.

1.4.1. Con fundamento en el compromiso, el Consorcio CCIM, el ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004), presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A. (cdno. ppal. 1, fls. 000001 a 000157).

1.4.2. Previa designación de consuno por las partes de los árbitros, aceptación oportuna de estos (cdno. pbs. 1, fls. 000013-000018) y citación, el 10 de noviembre de 2004, acta 1, con la presencia de todos los árbitros, los apoderados de las partes y el señor agente del Ministerio Público, se instaló el tribunal de arbitramento, designó presidente, secretario y profirió el auto 1, acta 1, fijándose la suma de honorarios de los árbitros, del secretario, gastos de administración, protocolización y otros (cdno. pbs. 1, fls. 000203-000207).

1.4.3. El Consorcio CCIM y Ecopetrol S.A., dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, consignaron a órdenes del presidente las sumas a su cargo por honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento, protocolización y otros, fijadas mediante auto 1, acta 1 de 10 de noviembre de 2004.

1.4.4. Por auto 2 del 27 de enero de 2005, acta 2, el tribunal admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada el ocho (8) de octubre de 2004 por el Consorcio CCIM y, dispuso su notificación y traslado por el término legal a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., y al señor agente del Ministerio Público (cdno. ppal. 1, fls. 000222 a 000228).

1.4.5. El 31 de enero de 2005, en cumplimiento de lo ordenado por el tribunal, se notificó personalmente a las partes y al señor agente del Ministerio Público, el auto 2 de 27 de enero de 2005 y, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, corrió traslado al representante legal de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., y al señor agente del Ministerio Público, de la demanda presentada por el Consorcio CCIM (cdno. ppal. 1, fls. 000229 a 000234).

1.4.6. Mediante escrito radicado en las oficinas de la secretaría el día 14 de febrero de 2005, el apoderado de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., contestó la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, oponiéndose a sus pretensiones, formulando excepciones perentorias y solicitando la práctica de pruebas (cdno. ppal. 1, fls. 000235 a 000304).

1.4.7. Con fecha 15 de febrero de 2005, la secretaría dio traslado al Consorcio CCIM, de las excepciones propuestas por la parte convocada (cdno. ppal. 1, fl. 000305).

1.4.8. Mediante Auto 3 de 21 de febrero de 2005, acta 3, se señaló el día siete (7) de marzo de dos mil cinco (2005), para la celebración de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y de fracasar total o parcialmente para la primera audiencia de trámite (cdno. ppal. 1, fls. 000310 a 000313).

1.4.9. El día siete (7) de marzo de dos mil cinco (2005), con asistencia de los doctores Javier Rodríguez Ordóñez, Hugo Higuera Sanabria, Diana Briceño, Pablo Édgar Galeano Calderón y Jorge Alberto Díaz Bohórquez, en su orden, representantes legales de las Sociedades Cilindros Colombianos S.A., Cicolsa S.A., Comité de Empresas Distribuidoras de Gas, Codigás GLP, Industrial y Comercial de Gas, Incogás en liquidación, Industria Metalmecánica del Gas S.A. MIG S.A. y Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., integrantes del Consorcio

CCIM y su apoderado especial, doctor Bruno Camargo Giraldo; por la parte convocada, el doctor José Mauricio Salgar Hurtado, en su carácter de director general de operaciones de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol S.A., y el doctor Federico Maya, vicepresidente de suministro y mercadeo de la misma empresa, según poder general que anexó y su apoderado especial, doctor Weiner César Ariza Moreno; y el doctor Alejandro Peñaranda Narváez, procurador octavo delegado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del trámite arbitral consagrada en los artículos 121 de la Ley 446 de 1998 y 141 del Decreto 1818 de 1998, y, por auto 4, de 7 de marzo de 2005, se declaró fracasada y concluida, ordenándose la continuidad del trámite (cdno. ppal. 1, fls. 000317 a 000353).

1.5. Trámite arbitral.

1.5.1. Primera audiencia de trámite.

El día siete (7) de marzo de dos mil cinco (2005), fracasada la diligencia de audiencia de conciliación, se celebró la primera audiencia de trámite de conformidad con los artículos 124 de la Ley 446 de 1998 y 147 del Decreto 1818 de 1998 y, en esa oportunidad, previa lectura del compromiso, acta de designación de árbitros y de las cuestiones sometidas a decisión arbitral, el tribunal, por auto 5, se declaró competente para conocer de las controversias y, por Auto 6, decretó las pruebas solicitadas (cdno. ppal. 1, fls. 000317 a 000353).

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso.

El presente proceso se llevó a cabo en dieciséis (16) audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo.

El 11 de noviembre de 2005 el tribunal fijó la presente fecha y hora, para llevar a cabo audiencia de fallo.

1.5.3. Pruebas decretadas y practicadas.

Por auto 6 proferido en la audiencia del 7 de marzo de 2005, (acta 4, cdno. ppal. 1, fls. 000317 a 000353), el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.3.1. Documentales.

Se ordenó tener como pruebas con el mérito legal que a cada uno corresponda, los documentos aportados con la demanda arbitral y su contestación. De igual forma, se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios como parte de las declaraciones, así como los aportados por las partes de común acuerdo.

1.5.3.2. Oficios.

Por secretaría se libraron oficios a la (*) Superintendencia Bancaria, al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE, al Banco de la República y a la Fiduciaria Popular S.A., para que remitan copia de los documentos solicitados por las partes, los antecedentes administrativos y los documentos relacionados con la ejecución y liquidación de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001.

Las respuestas a estos oficios se encuentran incorporadas al expediente.

1.5.3.3. Testimonios.

El tribunal decretó y practicó los testimonios de José Antonio Sarmiento González el día 8 de abril de 2005; Luz Eugenia Sarmiento Acevedo y Carlos Fernando Lecompte Bustamante el día 19 de abril de 2005. Las transcripciones de las grabaciones de estos testimonios se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al cuaderno de pruebas 7 del expediente, junto con los documentos aportados en dichas declaraciones.

Las partes desistieron de los testimonios de Carlos Forero, Álvaro Martínez, Roberto Albán Díaz del Castillo, Miguel Hernández, Mario Ariza Gómez, Eduardo Luis Gerlein Echeverri, Ana Dolores Santos Rueda, Hans

Ronald Moreno, Édgar París Santamaría, Roberto Ángel, Haydee Daisy Cerquera Lozano, Federico Maya Molina, Donald Ariza Arguelles(sic), Jorge Arturo Rodríguez Charry y, en su oportunidad el tribunal aceptó tales desistimientos (cdno. ppal. 1, fls. 000407 a 000414 y 000457 a 000465).

1.5.3.4. Interrogatorio de parte.

El interrogatorio de parte del representante legal de la parte convocante, señor Germán Armando Granados Castillo, se practicó en audiencia del 5 de abril de 2005. De la transcripción de su grabación se corrió el traslado legal y se agregó al cuaderno de pruebas 7 del expediente.

1.5.3.5. Dictámenes periciales.

Se decretó la práctica de los siguientes dictámenes periciales:

A. Dictamen pericial técnico rendido por el doctor Germán del Corral, en los términos solicitados por las partes convocante y convocada. El correspondiente informe fue presentado al tribunal el día 14 de julio de 2005 y obra a folios 000001 a 000466 del cuaderno de pruebas 8. Las partes presentaron en su debido tiempo solicitudes de aclaración y complementación, las cuales fueron rendidas el 9 de agosto de 2005 y obran a folios 000467 a 000501 del cuaderno de pruebas 8.

B. Dictamen pericial financiero rendido por el doctor William Martínez González, en los términos solicitados por Ecopetrol S.A. El correspondiente informe fue presentado al tribunal el día 31 de mayo de 2005 y obra a folios 000226 a 000245 del cuaderno de pruebas 7. Las partes presentaron en su debido tiempo solicitudes de aclaración y complementación, las cuales fueron rendidas el 22 de junio de 2005 y obran a folios 000306 a 000325 del cuaderno de pruebas 7.

C. Dictamen pericial informático rendido por el doctor Juan Pablo Ordóñez, en los términos solicitados por Ecopetrol S.A. El correspondiente informe fue presentado al tribunal el día 16 de mayo de 2005 y obra a folios 000220 a 000225 del cuaderno de pruebas 7.

D. Así mismo, se tuvo como prueba un experticio rendido por el doctor José María del Castillo acompañado por la parte convocante con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y otro rendido por el doctor Hans Ronald Moreno, aportado por la parte convocada en su contestación a la demanda arbitral. De estos “experticios” se surtió el traslado legal y, respecto del primero, la parte convocada solicitó aclaraciones y complementaciones y, rendidas se objetó por error grave, solicitando tener por prueba el último aportado (cdno. pbas. 7, fls. 000001 a 000008).

1.5.3.6. Inspecciones judiciales.

Se decretó la práctica de dos inspecciones judiciales, así:

A. Inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de Ecopetrol S.A., siendo desistida y, en su lugar, las partes incorporaron de común acuerdo los documentos pertinentes a su objeto.

B. Inspección judicial en las oficinas de Fiduciaria Popular S.A. siendo desistida por las partes y, en su lugar, las partes incorporaron de común acuerdo los documentos pertinentes a su objeto.

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día veintitrés (23) de septiembre de 2005 expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos (cdno. ppal. 2, fls. 000690 a 000867).

A continuación, en forma resumida, se presentan los temas y aspectos que fueron tratados tanto en los respectivos alegatos, como en el concepto del Ministerio Público:

1.5.4.1. Alegato de la parte convocante.

El apoderado de la parte convocante, después de resaltar las disposiciones más importantes de los términos de referencia, de las ofertas presentadas por CCIM, de los contratos suscritos entre las partes y de analizar las pruebas aportadas por las partes y aquellas cuya práctica ordenó el tribunal, llegó a las siguientes conclusiones:

1. Las partes pactaron unas cantidades de trabajo determinadas, representadas en unas cantidades de cilindros para reponer y reparar que se llevarían a cabo durante el término de vigencia de los contratos. Para este propósito, CCIM tenía que mantener una capacidad operativa fija e invariable a lo largo de la ejecución de los contratos y, la fiduciaria, tenía a su cargo la tarea de elaborar las programaciones y gestionar que los distribuidores las cumplieran.

2. En dichas contrataciones, no existió planeación, ni diligencia por parte de Ecopetrol, a efectos de garantizar el éxito del nuevo sistema de reposición de cilindros. Derivado de esta improvisación, negligencia e incumplimiento de la entidad contratante, se presentaron circunstancias que alteraron el equilibrio económico y financiero de los contratos suscritos con CCIM, que nunca fueron compensadas y, por el contrario, llevaron a las firmas integrantes del consorcio a una situación insostenible de pérdidas. Tales circunstancias, se concretan en los siguientes hechos: a) Incorporación tardía de la interventoría; b) carencia de cilindros en *stock*, previo al inicio de los contratos; c) falta de una oportuna y efectiva campaña de divulgación para buscar la aceptación de los distribuidores y consumidores de los cilindros de nuevo tamaño (30 y 80 libras); d) carencia del *software* ofrecido por la fiduciaria para el inicio de los contratos; e) carencia del NIF para el inicio de los contratos; f) entrega tardía y vencida de la primera programación; g) incumplimientos y retrasos en la programación de los trabajos; h) falta de preparación y demoras del Icontec para certificar los cilindros; i) falta de presencia y no continuidad de los delegados de la fiducia, Superintendencia de Servicios Públicos y del Ministerio de Minas y Energía, para la destrucción de los cilindros; j) demora en la contratación de los compradores de la chatarra; k) exigencia de la realización de pruebas neumáticas para todos los cilindros nuevos y l) aplicación de multas al consorcio.

3. Acto seguido, hizo referencia a los riesgos asumidos por el Consorcio CCIM, en relación con las cantidades contratadas, advirtiendo sobre el particular, que el “... riesgo que realmente asumió el Consorcio CCIM y en general los proponentes que participaron en esta licitación, era el de que en realidad se recaudaran suficientes fondos para reparar o reponer los cilindros del parque de GLP previstos en los términos de referencia...”.

4. Líneas adelante, manifestó que el Consorcio CCIM, ... cumplió en exceso con la capacidad operativa ofrecida..., pero desafortunadamente las cantidades de cilindros que finalmente entregaron los distribuidores, no fueron suficientes para amortizar las cuantiosas inversiones y gastos en que tuvo que incurrir el consorcio, circunstancia que ocasionó el desequilibrio económico y financiero de los contratos.

En cuanto a la terminación unilateral de los contratos, deja en claro que tal decisión, “... se tomó más que por causas legítimas y justas de lo acontecido en el desarrollo de los contratos, fue para tener un mecanismo de presión al Consorcio CCIM y ejecutar la cláusula penal” y, en ese sentido, se contrarrestaría la negligencia y el incumplimiento en que incurrió Ecopetrol en el curso de la ejecución del contrato.

Sobre las pruebas practicadas, hace hincapié en el dictamen pericial técnico rendido por el doctor Germán del Corral, para afirmar que son acertadas las corroboraciones fácticas establecidas en su experticia, pero que no comparte aquellas apreciaciones meramente subjetivas que son constantes en su trabajo.

Finalmente, hizo un recuento de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, así como de las excepciones propuestas por la convocada, solicitando la prosperidad de las primeras y la denegación de las últimas, habida cuenta que en el proceso quedó comprobado, de una parte, el incumplimiento en que incurrió Ecopetrol en las obligaciones a su cargo y, de otra, la existencia de unas circunstancias ajenas a la voluntad del consorcio, que afectaron notablemente el equilibrio financiero del contrato.

1.5.4 2. Alegato de la parte convocada.

1. El apoderado de la parte convocada, inició sus alegatos de mejor probar, refiriéndose a la inexistencia de los supuestos incumplimientos que perjudicaron al Consorcio CCIM, advirtiendo en todo caso que cualquier discusión sobre los mismos, se centra en aquellos que fueron objeto de salvedad a la hora de liquidar los contratos. Además,

solicita que el tribunal tenga en cuenta que fue el consorcio quien había incumplido de manera grave los contratos, pues al inicio de los mismos cuatro (4) talleres no pudieron comenzar sus actividades y, adicionalmente, los incumplimientos imputados a la fiduciaria, “...no le generaron a CCIM ningún perjuicio”.

2. En seguida, la convocada pone de presente una cuestión procesal, relacionada con la imposibilidad de decretar perjuicios respecto del sobrecosto denominado “aplicación indebida multa y cláusula penal, pues ni las multas, ni la terminación unilateral de los contratos, ni la cláusula penal pecuniaria fueron objeto de pretensión específica por parte de CCIM.

Ahora bien, no habiendo demanda específica contra los actos que impusieron las multas y ordenaron la terminación unilateral de los contratos, ni respecto de la aplicación y cobro de la cláusula penal pecuniaria, y al estar amparada la fiduciaria para adoptar tales disposiciones, solicita que el tribunal declare la prosperidad de la excepción denominada “1. Incumplimiento del consorcio y legalidad de decisiones adoptadas por la fiducia”.

3. Respecto de los sobrecostos denominados “Reajuste por materiales”, “Pruebas neumáticas”, “no entrega aplicativo (*software*)” y “Destrucción Cilindros & Chatarra”, llegó a las siguientes conclusiones:

a) El comportamiento del precio promedio del acero durante la ejecución del contrato, no fue imprevisible, habida cuenta que el mismo tuvo un valor inferior al registrado antes de la presentación de las ofertas.

b) El comportamiento de la TRM tampoco fue imprevisible, pues estuvo por debajo del escenario extremo proyectado.

c) La prueba neumática es de práctica común y resultó exigible en el presente caso por problemas de seguridad de los cilindros entregados por CCIM. Era obvio, que si los cilindros eran defectuosos, no podían ser utilizados de inmediato por los usuarios, razón por la cual el consorcio debía disponer de los medios para que esa obligación de resultado se cumpliera. Esto implicaba, la necesidad de realizar la prueba neumática.

d) Sobre la no entrega del software, deja en claro que lo que reclama CCIM, es que se le paguen los perjuicios por un aplicativo para la administración de sus contratos, el cual nunca fue ofrecido por la fiduciaria. La información que esta requirió era simple y versaba sobre la hoja de vida de los cilindros”, lo cual podía cumplirse remitiendo manualmente la información o a través de medio magnético.

e) En cuanto a la destrucción de los cilindros y chatarra, pone de presente lo siguiente: 1. Los términos de referencia no previeron término alguno para su almacenamiento; 2. Hubo capacidad de almacenamiento superior frente al volumen de cilindros almacenados y un tiempo muerto debido al incumplimiento de CCIM en la obtención de las prensas destructoras de cilindros; 3. La acumulación de chatarra no debía sobrepasar los dos (2) meses, y duró algo más que esto; 4. La remoción de chatarra pudo hacerse con mayor celeridad y 5. Los términos de referencia, no previeron plazo para el retiro de la chatarra.

4. Sobre la situación de orden público alegado en la demanda, manifestó que no existió una variación extraordinaria del orden público en las zonas de Urabá y Arauca. Además, resalta el hecho de que fue CCIM el que asumió soberanamente el riesgo de recolección y transporte de los cilindros.

5. Acto seguido, se ocupa del tema relacionado con las menores cantidades de trabajo y de las posibles causas del fracaso del proyecto, concluyendo al respecto lo siguiente:

a) No es cierto que en los términos de referencia o en el contrato se convinieran con CCIM cantidades fijas de trabajo a ser ejecutadas por el mismo.

b) La regulación solo estableció metas. El riesgo y la responsabilidad de estimar la cantidad de cilindros a los que se les prestaría servicios era de CCIM.

c) Los términos de referencia no previeron ni contemplaron cantidades de cilindros a mantener o reparar.

d) Los términos de referencia no previeron que la Fiduciaria Popular tomara medidas respecto de los distribuidores para que estos le entregaran los cilindros al Consorcio CCIM, sin embargo, la fiduciaria colaboró con los medios a

su alcance, para que los distribuidores entregarán los cilindros a CCIM.

e) Ni Ecopetrol ni la Fiduciaria Popular podían obligar a los distribuidores a que llevaran los cilindros a CCIM para su reposición y mantenimiento, pues carecían, al efecto, de competencias coercitivas.

f) Era previsible y de conocimiento público la renuencia de los distribuidores frente a la nueva regulación, reticencia que a la postre determinó el fracaso del proyecto. Adicionalmente, CCIM consideró que el riesgo relacionado con la entrega de los cilindros por parte de los distribuidores no era significativo.

g) El incumplimiento de CCIM, constituyó causa concurrente del fracaso del proyecto.

h) El propio representante legal de CCIM, confesó que en ninguna cláusula del contrato se otorgaron garantías de ninguna naturaleza.

i) Ninguna de las firmas integrantes de CCIM tenía experiencia en la distribución de cilindros.

j) En la estructuración del contrato todos los riesgos fueron trasladados al concesionario. Más aún, en el trámite del concurso todos los oferentes fueron informados de que la fiduciaria no asumiría garantías ni riesgos de ningún tipo.

6. Bajo estas consideraciones, solicita que el tribunal despache favorablemente las excepciones propuestas con la contestación de la demanda.

1.5.4 3. Concepto del Ministerio Público.

El señor procurador octavo judicial administrativo, una vez reseñó los antecedentes procesales, analizó el testimonio del señor José Antonio Sarmiento González, para concluir que, "... la convocada no garantizaba las cantidades mínimas", de lo cual infiere "... que la convocante siendo una de las partes del contrato y luego de haber consentido los términos de referencia de la solicitud de ofertas y conocido el clausulado de los contratos y luego de haber celebrado acuerdos para sobrellevar las dificultades que se presentan en el desarrollo de la relación contractual, resulte ahora controvirtiendo dichos convenios.

En cuanto a las obligaciones contraídas por las partes, el señor agente del Ministerio Público, considera que ellas no pueden modificarse durante el curso de la ejecución del contrato, aduciendo que "... se presentaron acontecimientos, como el comportamiento del mercado cambiario y de los precios del acero. Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y proponga revisar el modelo económico sobre el cual edificó su propuesta". Peor aún, cuando en el plenario está demostrado que el consorcio no cumplió con el objeto contractual, circunstancia que motivó la terminación anticipada de los contratos.

En estas condiciones, concluye que no le es válido al contratista ampararse "en las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato", para sustraerse de los riesgos que asumió al suscribir los contratos.

Por estas razones, solicita que el tribunal deniegue las súplicas impetradas por el consorcio convocante.

1.5.5. Audiencia de fallo.

El tribunal, por auto 17 proferido el día 11 de noviembre de 2005, acta 15, señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza (cdno. ppal. 2, fls. 000869 a 000871).

1.6. Duración del proceso y oportunidad del fallo.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso".

El día siete (7) de marzo de 2004 (acta 4) se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el tribunal

asumió competencia y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (cdno. ppal. 1, fls. 000317 a 000353).

El término inicial de los seis meses calendario vencería entonces el siete (7) de septiembre de dos mil cinco (2005); sin embargo, mediante escrito presentado el veintiséis (26) de agosto de dos mil cinco (2005), las partes acordaron la prórroga del término del tribunal por tres (3) meses a partir de la fecha de su vencimiento inicial, con lo cual, el plazo vence el día siete (7) de diciembre de dos mil cinco (2005), razón por la cual el tribunal está dentro de la oportunidad legal para proferir el laudo.

1.7. La demanda y su contestación.

1.7.1. Pretensiones.

En la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, el Consorcio CCIM, pretende una declaratoria de incumplimiento por Ecopetrol S.A., de los contratos GLP-ECP-Z1-Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8-2001 de fecha 30 de marzo de 2001, celebrados por la Fiduciaria Popular S.A. “actuando en nombre y representación de Ecopetrol” y en desarrollo del contrato de encargo fiduciario VRM-024-98 suscrito con este el 9 de octubre de 1998^(u); la afectación de la equivalencia prestacional o equilibrio económico en su contra por hechos ajenos y, en consecuencia, la condena con cargo al presupuesto de Ecopetrol S.A., a indemnizar o compensar al consorcio o, en subsidio, a las sociedades que lo integran en proporción a su participación consorcial, los perjuicios “y/o sobrecostos” por los incumplimientos y a restablecer el equilibrio prestacional en cuantía de “dieciocho mil novecientos dieciséis millones novecientos sesenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos (\$ 18.916.967.452)” con su actualización e intereses, la orden de incluir en el acta de liquidación las indemnizaciones y compensaciones, las costas y el cumplimiento de lo decidido en el laudo dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Más adelante se volverá a las pretensiones de la demanda, cuando el tribunal se ocupe de su análisis.

1.7.2. Los hechos de la demanda, su contestación y excepciones perentorias.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación con su respectiva respuesta.

Según la demanda, Ecopetrol a través de un contrato de fiducia celebrado con la Fiduciaria Popular, hizo una convocatoria pública con el fin de adjudicar ocho contratos, cuyo objeto principal era la reposición y reparación de cilindros de GLP en todo el país, con cargo a los recursos provenientes del margen de seguridad establecido en la estructura de precios de GLP fijada por la CREG, que dicha empresa tenía el encargo de administrar. De acuerdo con las condiciones de contratación, los proponentes asumían el riesgo de que los ingresos por las ventas de GLP fueran suficientes para que el margen de seguridad alcanzara a cubrir las cantidades ofertadas de cilindros a reparar o a reponer, y adquirirían la obligación de mantener, para la ejecución de los contratos, una importante capacidad operativa para fabricar y reponer cilindros en todo el país, por un valor aproximado de cincuenta y tres mil millones de pesos (\$ 53.000.000.000), en un término de dos años.

A pesar de que los ingresos del margen de seguridad fueron superiores a los previstos, los contratos en cuestión solamente se pudieron ejecutar en cerca del 30%, habida cuenta que Ecopetrol, incumplió con su obligación de entregar oportunamente y en la cantidad establecida los trabajos contratados, aduciendo varios motivos, nunca imputables a la responsabilidad de CCIM, entre otros, la reticencia de los distribuidores de GLP a entregar los cilindros para reposición o reparación en las cantidades requeridas según la regulación, ya que en definitiva estos eran quienes, lejos de la responsabilidad adquirida por el consorcio CCIM, entregaban las cantidades de cilindros a reponer o reparar en cada bimestre, situación que implicó enormes perjuicios para CCIM, toda vez que la capacidad técnica y administrativa ofertada y comprometida se vio inutilizada, generándose enormes erogaciones para el pago de los costos fijos incurridos y no amortizados con la facturación. Adicionalmente, los contratos fueron terminados anticipada y unilateralmente por la entidad contratante.

De otra parte, hubo demoras en el inicio de los trabajos, toda vez que Ecopetrol no cumplió con sus obligaciones contractuales, entre otras, la de entregar oportunamente a CCIM el número de identificación a grabar en cada cilindro nuevo o reparado y el aplicativo (*software*) de control, prometido en los términos de referencia,

herramientas sin las cuales no se podía dar inicio a las actividades de reposición y reparación.

Así mismo, una vez se comenzó con la fabricación de nuevos cilindros para la reposición también hubo, por falta de previsión de la entidad contratante, problemas con los mecanismos adoptados para la certificación de calidad, circunstancia que también entrabó la normal ejecución de los contratos.

La situación contractual se agravó aún más con la súbita devaluación del peso colombiano frente al dólar estadounidense ocurrida en el año 2002 y al incremento inusitado, a escala mundial, en el precio de la lámina de acero.

Todos estos eventos, eran totalmente imprevisibles para CCIM al momento de elaborar las ofertas y no obstante que los contratos establecían que en estos casos se deberían reajustar los precios correspondientes, la entidad contratante no actuó en consecuencia, por lo que finalmente se desvirtuaron ostensiblemente los precios pactados.

A juicio del demandante, la Fiduciaria Popular, encargada de administrar los contratos en nombre de Ecopetrol, en ningún momento colaboró con CCIM para resolver los problemas que aquejaban los contratos y esto coadyuvó a la sustancial subejecución de los mismos y a la situación de potencial liquidación que ahora viven varias empresas miembros del Consorcio CCIM, esto a pesar de que el comité fiduciario, máxima autoridad de la fiduciaria para la administración del margen de seguridad siempre supo que las causas de esta situación no le eran atribuibles a CCIM.

Por último, destaca el convocante que la Fiduciaria Popular en todo momento actuó de manera ilegal, arbitraria e inconsecuente en contra del Consorcio CCIM, amparada en una falsa argumentación, que adujo permanentemente, derivada del supuesto hecho de que los contratos no eran estatales sino que eran de derecho privado. Esta situación fue desvirtuada por Ecopetrol quien en comunicación VSM 00146 del 15 diciembre de 2003, reconoció plenamente que los contratos eran estatales y que la entidad contratante era Ecopetrol.

Ecopetrol S.A., al contestar la demanda anterior, se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, solicitó pruebas e interpuso las excepciones perentorias denominadas: incumplimiento del consorcio y legalidad de las decisiones adoptadas por la fiducia; “Legalidad de las previsiones contenidas en los términos de referencia de la solicitud de ofertas GLP-01-2001 y en el clausulado de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001”; “Imposibilidad de sustraerse a los riesgos asumidos por parte del consorcio”; improcedencia de alegar la teoría del equilibrio financiero del contrato”; inimputabilidad de Ecopetrol frente a los perjuicios reclamados por el consorcio”; “inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión y error de oferta del consorcio”; “Cumplimiento de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001” y, la “genérica”.

2. Consideraciones.

La controversia de las partes en torno a los contratos GLP-ECP-Z1-Z2, Z3, Z4, Z5, Z6 y Z7-2001 celebrados el 30 de marzo de 2001 por la Fiduciaria Popular S.A. “actuando en nombre y representación de Ecopetrol” y en ejecución del contrato de encargo fiduciario VRM-024-98 suscrito con este el 9 de octubre de 1998, sobre la cual debe resolver el tribunal de arbitramento, cuya competencia se encuentra delimitada por las pretensiones formuladas en la demanda y por las excepciones perentorias interpuestas con su contestación, es la siguiente:

Se pretende en el presente caso, la declaratoria de incumplimiento por Ecopetrol S.A., de los mencionados contratos en lo atañedor a sus obligaciones contractuales y legales, en particular las de restablecer su equilibrio económico, así como la declaración de su alteración por causas ajenas y, por su virtud, las condenas a la indemnización o compensaciones de los perjuicios y sobrecostos, con su actualización e intereses.

Precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el tribunal analizará:

I. Preliminarmente, los presupuestos procesales.

II. En segundo lugar, la objeción al experticio acompañado con la demanda y la tacha de sospecha de un testigo.

III. En tercer lugar, las pretensiones de la demanda, para lo cual, analizará el tipo o clase de contrato celebrado y su régimen normativo, su existencia y validez, el incumplimiento imputado, el desequilibrio invocado y las prestaciones respectivas, confrontará los hechos probados en el proceso, su adecuación a los supuestos fácticos y normativos, y, según lo que resulte de esta confrontación, decidirá la situación fáctica controvertida de conformidad con el ordenamiento jurídico, los argumentos de las partes y los elementos probatorios.

IV. Por último, las excepciones perentorias.

I. Los presupuestos procesales

La totalidad de los “presupuestos procesales”⁽²⁾ concurren en este proceso:

1. Demanda en forma.

La demanda con que se inició este asunto se ajusta a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia.

El tribunal, según analizó detenidamente en el auto 5, proferido el 7 de marzo de 2005 (cdno. ppal. 1, fls. 000317 a 000352), es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, todo derivadas de la celebración, desarrollo y ejecución de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001 celebrados por la Fiduciaria Popular S.A. en nombre y en representación de Ecopetrol S.A. y, así mismo, están comprendidas en el compromiso, son de contenido particular, de naturaleza patrimonial, económica y, por tanto, susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de “pacto arbitral”, quienes al tenor de los artículos 116 de la Carta Política, 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, 3º, y 111 de la Ley 446 de 1998, han acudido al arbitramento ante la imposibilidad de solucionar sus diferencias por la vía del arreglo directo y comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos.

La competencia del tribunal se extiende al análisis y decisión de los desequilibrios e incumplimientos relacionados con la fecha de iniciación de los trabajos, entrega del número de identificación tributaria, certificación de Icontec, ingreso de la interventoría del contrato y perjuicios por el denominado sobre costo “aplicación indebida multa y cláusula penal”, como quiera que están comprendidos en las pretensiones respecto de las cuales se asumió mediante auto 5, proferido el 7 de marzo de 2005 (cdno. ppal. 1, fls. 000317 a 000352) y también se contienen en el compromiso celebrado el 3 de junio de 2004.

En efecto, en la cláusulas primera y sexta del compromiso se singulariza la competencia del tribunal “al conocimiento de las controversias contractuales que obran en las actas de liquidación de los contratos GLP-ECP-Z1-2001, GLP-ECP-Z2-2001, GLP-ECP-Z3-2001, GLP-ECP-Z4-2001, GLP-ECP-Z5- 2001, GLP-ECP-Z6-2001, GLP-ECP-Z7-2001 y GLP-ECP-Z8-2001 y en las salvedades consignadas por el contratista en las mismas”.

En las salvedades a la liquidación de los contratos GLP-ECP-Z1-2001, GLP-ECP-Z2-2001, GLP-ECP-Z3-2001, GLP-ECP-Z4-2001, GLP-ECP-Z5-2001, GLP-ECP-Z6-2001, GLP-ECP-Z7-2001 y GLP-ECP-Z8-2001, el Consorcio CCIM, expresamente “deja a salvo sus derechos para solicitar judicial y extrajudicialmente el reconocimiento de aquellos sobre costos y perjuicios a los que hace referencia la solicitud de restablecimiento económico de los contratos” radicada “ante la vicepresidencia de suministro y mercado de Ecopetrol S.A., el día 17 de septiembre de 2003, documento a cuyos elementos fácticos y argumentos jurídicos hacemos remisión. Así mismo deja a salvo sus derechos para controvertir todo lo relativo a la aplicación parcial de la cláusula penal pecuniaria en cada uno de los contratos”⁽³⁾.

La reclamación presentada el 17 de septiembre de 2003 por el Consorcio CCIM a Ecopetrol S.A. a la que refiere la salvedad consignada en las actas de liquidación de los contratos, en forma clara, precisa y expresa, en su numeral 2.4. “La ejecución de los contratos”, relaciona como causas de alteración del equilibrio económico y financiero:

“Demoras en el inicio de los contratos”, “Carencia del número de identificación para los cilindros (NIF)”, “Carencia del *software* especializado requerido para el inicio de las actividades contratadas” y “Problemas con las pruebas de calidad”; Incumplimientos en la programación de las actividades” por dificultades en la ejecución de las actividades programadas por intervención de los distribuidores de GLP, cambio de las especificaciones para los nuevos cilindros”, “Multas impuestas a CCIM”, la problemática relativa a la “terminación de los contratos” y, el capítulo IV, al tratar los “sobrecostos”, puntualiza los pertinentes a tales conceptos y por la aplicación indebida de una multa y por la retención indebida de los dineros correspondientes”⁽⁴⁾.

En consecuencia, encontrándose dentro de las salvedades consignadas en el acta de liquidación los conceptos contenidos en la reclamación de 17 de septiembre de 2003, así como en las pretensiones atañedoras a los incumplimientos y desequilibrios económicos, el tribunal no comparte la argumentación de la parte convocada en cuanto a la imposibilidad de pronunciarse respecto de la imposición de las multas y la cláusula penal pecuniaria, porque, además respecto de estas controversias se asumió competencia mediante providencia ejecutoriada frente a la que no se interpuso recurso alguno.

3. Capacidad.

Las partes, son sujetos plenamente capaces para comparecer a proceso y transigir, por cuanto su existencia y representación legal está debidamente acreditada, de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto, las diferencias surgidas entre las partes, sometidas a conocimiento y decisión de este tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con “capacidad procesal” o “para comparecer a proceso”.

Análogamente, el laudo conforme a lo pactado se profiere en derecho y dentro del término para su pronunciamiento.

II. La objeción por error grave al “experticio” y la tacha de sospecha

1. La objeción por error grave al experticio acompañado con la demanda.

Con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, la parte convocante, adjuntó un “experticia” financiero rendido por el doctor José María del Castillo Hernández, el cual, una vez acreditada su idoneidad, se tuvo por prueba con el mérito legal que le corresponda.

Surtido el traslado de rigor, oportunamente la parte convocada solicitó aclaraciones y complementaciones que fueran rendidas el 29 de abril de 2005 y, posteriormente, en oportunidad, reiteró la objeción por error grave. A esta se opuso la parte convocante.

Los motivos de error grave son los siguientes:

1. Estima errónea la conclusión de la respuesta a la pregunta 2 respecto de un desequilibrio económico en las cuentas del negocio, la frustración de las utilidades y la afectación económica del consorcio en \$ 15.803.341.173 al no ejecutar las cantidades de obra previstas en los términos de referencia y en las propuestas, de \$ 15.803.341.173, porque en su sentir, no existían cantidades de trabajos pactadas y que el contratista debía asumir el riesgo de ejecución de menores cantidades.
2. Objeta la respuesta a la pregunta 3, por cuanto, ni el dólar ni el precio del acero presentaron un alza inusitada durante el período del cálculo, el valor utilizado para calcularlo fue demasiado bajo y su comportamiento era previsible mediante una simple proyección.
3. Objeta la respuesta a la pregunta 4, al concluir que el cambio de las rutas de transporte constituyó un sobrecosto para el consorcio cuando no existe prueba del empeoramiento del orden público.
4. Objeta la respuesta a la pregunta 5, por cuanto, las pruebas neumáticas no pueden ser entendidas como un costo adicional, ya que la realización de las mismas es una práctica usual en el medio, con más razón si el compromiso

contractual era entregar cilindros probados y en perfectas condiciones. Los cálculos parten de un supuesto que no es cierto y que surge de la pregunta resuelta en el peritazgo, a saber: que la prueba neumática no estaba contemplada dentro de los requerimientos ofertados” (num. 4º del escrito de objeción por error grave).

5. Objeta la respuesta a la pregunta 6, porque en su sentir, los cálculos parten del hecho incierto que la configuración de la hoja de vida del cilindro requería el desarrollo de un *software* especializado cuando la información debía enviarse en un archivo plano susceptible de realización en cualquier procesador y hoja de cálculo, sin requerir inversión significativa.

6. Objeta la respuesta a la pregunta 7, porque no puede concluirse que las multas representaron para el consorcio un menor nivel de ingresos, lo que se traduce en forma inmediata en un mayor deterioro de la ya precaria situación financiera del consorcio, sin definirse previamente su imputabilidad y legalidad.

7. Objeta la respuesta a la pregunta 8, al ignorar el incumplimiento del consorcio y el abandono por este del contrato, por lo cual mal puede llegarse a la conclusión de que el cobro de dicha cláusula tuviera los mismos efectos mencionados respecto del cobro de la multa.

8. Objeta la respuesta a la pregunta 9, porque los valores expresados en la misma “proviene de una reclamación anterior realizada por el Consorcio CCIM y no de un análisis independiente, no se consideró que las capacidades de almacenamiento de cilindros ofrecidas por el consorcio eran superiores a las realmente empleadas, ni que en los términos de referencia de la solicitud de ofertas no se especificó el tiempo de almacenamiento de chatarra, por lo cual no puede concluirse que hubo un lapso de almacenamiento de la misma muy prolongado.

9. Objeta la respuesta a la pregunta 10, porque los valores concluidos no son sobrecostos.

En prueba de las objeciones acompañó un estudio elaborado por el doctor Hans Ronald Moreno.

La parte convocante se opone a la objeción por error grave al considerar que no está probada y que se propone sobre diferencias conceptuales de naturaleza jurídica u opiniones contrapuestas al respecto que conforme al ordenamiento no comportan un yerro de esta naturaleza. Agrega que el estudio técnico elaborado por el Dr. Hans Ronald Moreno, no puede considerarse como un experticio porque además de haberse solicitado su testimonio, es funcionario de Ecopetrol S.A., carece de objetividad e imparcialidad al basarse en argumentos subjetivos y normativos y, a lo sumo, es una posición o alegación de parte.

Consideraciones del tribunal.

El numeral 1º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998 y el inciso 2º del artículo 18 de la Ley 794 de 2003 que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil⁽⁵⁾, concede a las partes en igualdad de condiciones y en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, la facultad de presentar “experticios” emitidos por instituciones o profesionales especializados.

En tales casos, las instituciones o profesionales especializados son seleccionados, contratados y pagados por la parte que pretende hacerlos valer como prueba, el cual, indefectiblemente versa sobre hechos que interesan al proceso.

El artículo 10 de la Ley 446 de 1998, en lo pertinente, preceptúa:

“ART. 10.—Solicitud, aportación y práctica de pruebas. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente” (resaltado ajeno al texto).

Y, el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, dispone:

“ART. 18.—El artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, quedará así:

“ART. 183.—Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o e aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta. El juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente” (resaltados ajenos al texto).

No consagra el ordenamiento jurídico, en la hipótesis anteriormente señalada, el procedimiento o trámite a seguir cuando cualquiera de las partes en ejercicio de un derecho consagrado en una norma legal, presenta con el carácter de “experticio” un estudio realizado por un profesional especializado.

Tampoco indica el carácter ni el valor probatorio del mismo.

El tribunal considera que en las hipótesis descritas en el numeral 1º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998 y el inciso 2º del artículo 18 de la Ley 794 de 2003, las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil suplen el vacío para garantizar a todas las partes la plenitud de sus derechos constitucionales y legales, en particular el debido proceso y el derecho de defensa.

Advierte el tribunal que el “experticio” financiero aportado al proceso tiene el carácter de prueba pericial, participa de su naturaleza por expreso mandato legal y, aun cuando las normas jurídicas que lo autorizan no establecen ni el régimen de su contradicción ni su valoración, la aplicación de las disposiciones consagradas en el estatuto procesal civil a dicho respecto suplen el vacío.

En este orden de ideas, en forma análoga al dictamen pericial practicado en proceso, el yerro grave ha de ser de tal magnitud que “(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)”⁽⁶⁾, a punto de alterar de manera esencial, o fundamental la realidad, suscitar en forma tan grotesca, una falsa creencia, significativa, relevante y “determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas” (CPC, art. 238).

Bajo estas premisas, la crítica, divergencia o disparidad a propósito de los análisis, estudios, métodos de trabajo, conceptos o criterios del experto, no son indicativas de un error grave, como ha sentado la jurisprudencia civil y arbitral, expresando:

“(...), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven..., de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...” (G. J. t. LXXXV, pág. 604)⁽⁷⁾.

“El error grave, por consiguiente, no puede hacerse consistir en las apreciaciones, puntos de vista, críticas o inconformidades, que sobre determinados aspectos o respuestas del dictamen tengan las partes, o una de estas, pues cuando el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil en varios de sus numerales alude a aquel concepto como presupuesto esencial de la objeción lo hace en el sentido de que las conclusiones del peritazgo hubieren sido esencialmente contrarias a la naturaleza del objeto analizado, a los experimentos que hubieren sido determinantes de las conclusiones de estas, que es lo que verdaderamente constituiría error grave”⁽⁸⁾.

Tampoco las respuestas periciales con alcance jurídico, aspectos sustraídos de la pericia y reservados al juzgador, ameritan un yerro grave, siendo inocuas las eventuales opiniones sobre puntos de derecho e inanes las objeciones de “puro derecho” en torno de su alcance o sentido (CPC, art. 237), pues “la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J. t. LXVII, pág. 161)⁽⁹⁾.

Estima el tribunal, que las objeciones puestas a consideración se basan en consideraciones sobre el alcance o efecto y la pertinencia de la prueba, y no en yerros en la aplicación de una metodología o en las operaciones realizadas para sustentar la conclusión o en discrepancias lógicas entre los supuestos y los resultados del ejercicio profesional del experto.

Por tanto, para el tribunal, la precisión del objeto del contrato, el alcance de las obligaciones de las partes en torno de las cantidades de trabajo, las calidades y especificaciones de los cilindros, normas de calidad, *software* para el control de fabricación, mantenimiento y trazabilidad de los cilindros, los riesgos asumidos por cada parte, la previsión o imprevisión del alza del costo del acero, el comportamiento normal o anormal del dólar y de su valor, la imputabilidad y legalidad de las multas y penal pecuniaria, la incidencia del orden público en la relación contractual, al igual que las discusiones, apreciaciones y diferencias de criterio al respecto, son aspectos de carácter estrictamente jurídicos reservados a su análisis y decisión.

En cuanto al valor probatorio del estudio realizado por el doctor Hans Ronald Moreno, profesional especializado al servicio de Ecopetrol S.A., acompañado en prueba de la objeción formulada, el tribunal, lo tendrá como alegación de parte al tenor del numeral 7º, del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil según el cual en ejercicio del derecho de contradicción y dentro del traslado del dictamen las “partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas”.

No ofrece dificultad alguna concluir conforme a los parámetros normativos que la censura sobre la valoración probatoria del dictamen, corresponde al juzgador y no a las partes, cuyos desacuerdos y opiniones, serán considerados con todos los elementos probatorios, como en efecto, se consideran en esta providencia.

Por las consideraciones precedentes, la objeción formulada se rechaza.

2. La tacha de sospecha.

La parte convocada formuló tacha de sospecha al testigo José Antonio Sarmiento González, por sus relaciones con el Consorcio CCIM.

De conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, son “sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

Tratándose de testigos sospechosos no se prescinde del testimonio e impone al juzgador un cuidado en su valoración para precisar su causa, valor y convicción del testimonio.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 12 de 1980, cuyas consideraciones comparte el tribunal, defiende al juzgador la valoración de las causas de las circunstancias correspondientes, apreciando su testimonio “con mayor severidad” respecto de quienes no se encuentran en sus causas, porque “cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos

debatidos” en forma que el “valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez”.

Bajo estas premisas, frente a testigos sospechosos, el juzgador debe recibir las declaraciones, considerar las causas en que se funda, determinar el grado de convicción del testimonio y, en general, apreciarlo “de acuerdo con las circunstancias de cada caso” (CPC, art. 218), para precisar si la ocurrencia de alguna de las razones disciplinadas en el ordenamiento, *verbi gratia*, el parentesco, la dependencia, el interés y relaciones con las partes o sus apoderados, afectan la credibilidad o veracidad del testigo.

Debe advertirse la necesidad de apreciar el marco de circunstancias específico, sin que por sí mismas la simple presencia de alguna de las causas normativas en el declarante comporte desestimar su credibilidad, siendo preciso que su dicho no corresponda a la verdad de lo declarado, sea por ser contrario a la realidad, sea porque, se expone en forma sesgada, parcial o carente de objetividad para provocar un yerro en el juzgador.

No encuentra el tribunal que las relaciones entre el declarante tachado por sospecha, con la parte convocante, de suyo, desestimen el valor de su testimonio, el cual será analizado, valorado y apreciado conforme a las circunstancias concretas con los restantes elementos probatorios decretados y practicados en proceso, tal como lo ha hecho el tribunal en este laudo. Por lo tanto, se declarará infundada la sospecha.

III. Las pretensiones de la demanda.

Las diferencias sometidas al juzgamiento del tribunal atañen a los contratos GLP-ECP-Z1-Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8-2001 celebrados el 30 de marzo de 2001, respecto de los cuales, en la demanda arbitral⁽¹⁰⁾ el Consorcio CCIM, formula las siguientes pretensiones:

“Primera. Declárese que con ocasión de la celebración y durante la ejecución de los contratos GLP-ECP-Z1, Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8, suscritos el 30 de marzo de 2001, entre Ecopetrol y CCIM para el desarrollo de las tareas de recolección, transporte, reparación, destrucción y reposición de cilindros y válvulas utilizados para la distribución y almacenamiento de GLP para uso doméstico industrial y comercial, Ecopetrol incumplió sus obligaciones de orden legal y contractual.

Segunda. Declárese que durante la ejecución de los contratos GLP-ECP-Z1, Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8, suscritos el 30 de marzo de 2001, entre Ecopetrol y CCIM, se afectó, en cada uno de los casos, la equivalencia prestacional o el equilibrio económico del contrato, en contra de CCIM, por hechos ajenos a dicha parte.

Tercera. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénese a Ecopetrol a indemnizar y/o compensar los perjuicios y/o sobrecostos sufridos por CCIM, por razón u ocasión de los incumplimientos contractuales de la demandada y a restablecer a CCIM el equilibrio de la ecuación económica de los contratos, por la suma de dieciocho mil novecientos dieciséis millones novecientos sesenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos (\$ 18.916.967.452).

Pretensión subsidiaria a la pretensión tercera. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénese a Ecopetrol a indemnizar y/o compensar los perjuicios y/o sobrecostos sufridos por cada una de las sociedades miembros de CCIM de acuerdo con la participación consorcial por razón u ocasión de los incumplimientos contractuales de la demandada y a restablecer a cada una de las sociedades miembros de CCIM el equilibrio de la ecuación económica de los contratos, por la suma de dieciocho mil novecientos dieciséis millones novecientos sesenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos (\$ 18.916.967.452).

Cuarta. Declárese que durante la ejecución y liquidación de los contratos a los que se refieren las pretensiones anteriores suscritos entre Ecopetrol y CCIM el 30 de marzo de 2001, Ecopetrol incumplió sus obligaciones legales y contractuales por no haber adoptado las medidas necesarias destinadas a restablecer el equilibrio económico del contrato y a compensar los sobrecostos incurridos y los perjuicios correspondientes a favor de CCIM.

Quinta. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a Ecopetrol a pagar debidamente actualizados los montos decretados a favor de CCIM en el laudo, con base en los índices de precios al consumidor (IPC)

certificados por el DANE, desde la fecha de su causación y hasta la fecha en que se pronuncie el laudo. Sobre la anterior suma, debidamente actualizada, condénese a Ecopetrol a pagar intereses de mora durante el mismo período (L. 80/93, art. 40).

Sexta. Ordénese incluir dentro de la liquidación de los contratos GLP-ECP-Z1, Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8, suscritos el 30 de marzo de 2001, entre Ecopetrol y CCIM, las indemnizaciones y compensaciones que resulten decretadas a favor de CCIM en el laudo.

Séptima. Declárese que las condenas en contra de Ecopetrol deben pagarse con cargo a su propio presupuesto.

Octava. Condénese a Ecopetrol a cumplir el laudo arbitral dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la fecha de su notificación.

Novena. Condénese a Ecopetrol a pagar a favor de CCIM los intereses comerciales moratorios sobre el monto decretado por el tribunal desde la fecha en que se pronuncie el laudo y hasta aquella en que se efectúe el pago.

Décima. Condénese a Ecopetrol a pagar a favor de CCIM las costas del proceso arbitral, incluyendo agencias en derecho”.

El tribunal analizará la relación jurídica contractual y su régimen normativo, para decidir la situación fáctica controvertida de conformidad con el ordenamiento jurídico, los argumentos de las partes, los elementos probatorios y determinar si se dan los supuestos legales de las pretensiones o, en su caso, los de las excepciones perentorias incoadas.

1. Las partes de los contratos.

Los contratos GLP-ECP-Z1-Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8-2001 se celebraron el 30 de marzo de 2001 por el Consorcio CCIM y la Fiduciaria Popular S.A., quien actuaba “... en nombre y representación de Ecopetrol”⁽¹¹⁾ y en ejecución del contrato de encargo fiduciario VRM-024-98 y del otrosí al mismo (...)”⁽¹²⁾.

Predicada la noción de “parte” del titular de los derechos y obligaciones o, más exactamente del interés constitutivo de un contrato, independientemente de su celebración directa y personal o por conducto de otro u otros⁽¹³⁾, el Consorcio CCIM y Ecopetrol S.A. son las partes de los contratos suscritos por la Fiduciaria Popular S.A. en desarrollo del encargo fiduciario VRM-024-98 celebrado el 9 de octubre de 1998, negocio jurídico que por lo general se instrumenta en las normas del mandato (C. de Co., art. 1262)⁽¹⁴⁾, “puede conllevar o no la representación del mandante” (C.C., art. 1505 y C. de Co., art. 833)⁽¹⁵⁾, y, conferida, determina que el representado⁽¹⁶⁾ ocupe la posición jurídica de parte⁽¹⁷⁾.

Para el 30 de marzo de 2001 fecha de celebración de los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8, Ecopetrol⁽¹⁸⁾ era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía⁽¹⁹⁾, creada por autorización de la Ley 165 de 1948, regida por sus estatutos aprobados mediante decretos 1209 de junio 15 de 1994 y 2933 de diciembre 10 de 1997 y, tenía a su cargo, la administración de los hidrocarburos de propiedad de la Nación, actividad que comprendía su extracción, beneficio, transporte y distribución⁽²⁰⁾.

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁽²¹⁾, las empresas industriales y comerciales del Estado son entidades estatales y según su artículo 1º⁽²²⁾, el ámbito subjetivo de su aplicación está referido a las entidades estatales que celebren contratos, es decir, la Ley 80 de 1993, por lo general, resulta aplicable por el sujeto y no por el objeto (art. 32, inc. 1º)⁽²³⁾.

Empero, el criterio subjetivo u orgánico, requiere una precisión, en la medida en que el estatuto contractual, aún en presencia de una entidad estatal, determinó remisiones expresas a normas ajenas al estatuto, para determinadas entidades estatales, concretos tipos contractuales y regímenes sectoriales o específicos⁽²⁴⁾, lo que ha dado origen a la expresión de “contratos estatales especiales”⁽²⁵⁾ para denotar los contratos que a pesar de celebrarse por una entidad estatal de las definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, por remisión se rigen por el derecho privado o por normas singulares diferentes.

Otra distinción importante surge de advertir que muchos contratos celebrados por entidades estatales, no se rigen por la Ley 80 de 1993, puesto que normas posteriores y especiales, expresamente los excluyen del régimen contractual estatal⁽²⁶⁾. En sentido análogo, el legislador puede remitir la regulación de determinados contratos a los estatutos contractuales internos de las entidades estatales, según acontece con los inherentes al manejo de recursos naturales no renovables (L. 80/93, art. 76), hipótesis en las cuales “se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993”⁽²⁷⁾ y, por tanto, de una remisión expresa a la legislación especial que los regían antes de la misma⁽²⁸⁾. La jurisprudencia contenciosa⁽²⁹⁾ ha precisado que Ecopetrol no es una empresa prestadora de servicios públicos⁽³⁰⁾ porque su objeto social no consiste en su prestación al consumidor ni en el desarrollo de las actividades previstas en la Ley 142 de 1994 como complementarias⁽³¹⁾.

El Consorcio CCIM está integrado por las sociedades Cilindros Colombianos S.A., Cicolsa S.A.; Comité de Empresas Distribuidoras de Gas, Codigás GLP; Industrial y Comercial de Gas, Incogás en liquidación; Industria Metalmecánica del Gas S.A. MIG S.A., y Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., todas constituidas como sociedades comerciales y personas jurídicas de derecho privado, cuyo régimen jurídico contractual, por lo general, es el consagrado en el Código de Comercio y, por remisión, en el Código Civil (C. de Co., arts. 2º y 822), que tampoco están sujetas a regímenes especiales derivados de actividades controladas por el Estado como servicios públicos. Todas las sociedades integrantes del Consorcio CCIM otorgaron poder para la presentación de la demanda.

El estatuto de contratación estatal, al prevenir la “propuesta conjunta”, enuncia los consorcios y uniones temporales (arts. 6º, 7º, 22.3, 24, num. 5º, lit. a), 32 -parágrafo 2º de la Ley 80 de 1993 y 3º del Decreto 679 de 1994), sin disciplinar la naturaleza, la clase, especie ni el tipo de contrato del cual dimana, ni sus elementos, ni su régimen normativo⁽³²⁾, y los diferencia únicamente por el alcance de las sanciones del “incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato”, impuestas en las últimas, “de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros”, y, en aquellos, “afectarán a todos”⁽³³⁾.

Debe puntualizar el tribunal que el consorcio no es persona jurídica ni ostenta personificación normativa⁽³⁴⁾, ni “capacidad para contratar”⁽³⁵⁾, ni se sitúa en los moldes societarios tradicionales, ni en la sociedad propiamente dicha, ni en la sociedad de hecho, ni en el contrato de cuentas en participación⁽³⁶⁾, constituye un esquema negocial fruto de la autonomía privada, la libertad contractual o de contratación ubicado en los negocios jurídicos de “colaboración”, “cooperación”⁽³⁷⁾, “unión”, “integración”, “coordinación” o “agrupación empresarial”⁽³⁸⁾, pero el previsto en la Ley 80 de 1993, cumple una función, orientada, en una primera etapa a la elaboración y presentación de una propuesta y, en otra ulterior, a la celebración y ejecución del contrato⁽³⁹⁾. La personalidad jurídica, sus atributos y derechos, se predicen de sus miembros, quienes conservan su individuación jurídica y, por tanto, la “capacidad legal”, titularidad de derechos, obligaciones, legitimación y el poder dispositivo, conforme al ordenamiento jurídico y al acuerdo constitutivo.

Por esto, la jurisprudencia contenciosa postula su carencia de “capacidad procesal”, la existencia de un litisconsorcio necesario⁽⁴⁰⁾ y la comparecencia a proceso de todos sus integrantes “como demandante o demandado”, salvo para el ejercicio de la acción de nulidad del acto de adjudicación⁽⁴¹⁾ y, sin perjuicio, de la representación judicial⁽⁴²⁾ cuando se ha conferido la facultad expresa para tal efecto..

2. Régimen de los contratos.

A pesar de lo indicado respecto del régimen jurídico de cada parte, es menester analizar el de los contratos GLP-ECP Z1 a Z8, materia de la presente controversia, celebrados entre la Fiduciaria Popular, quien dijo actuar “en nombre y representación del Fideicomiso GLP-Ecopetrol”, por una parte, y el Consorcio CCIM, por la otra.

En sus respectivas cláusulas vigésima sextas, denominadas legislación aplicable, las partes declararon que estos estarían regidos “por la legislación colombiana y, en especial, la parte aplicable de la Ley 142 de 1994; las normas del Código de Comercio; el Código Civil; y las resoluciones pertinentes de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, CREG, en particular las resoluciones CREG 74 de 1996 y 48 de 2000 y por la Resolución Minminas 8-0009 de 2001 y por aquellas resoluciones que las modifique(sic), sustituyan o adicionen”.

Del texto de las mencionadas cláusulas se desprende, *prima facie*, que los acuerdos en cuestión se rigen por las normas del derecho privado, dada la remisión que allí se hace a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y a las normas de los códigos Civil y de Comercio; empero, no deja de llamar la atención la vaguedad de la expresión “por la legislación aplicable” que antecede las mencionadas remisiones, lo cual a juicio del tribunal hace necesario ahondar un poco en el análisis del alcance de tal expresión, con el propósito de confirmar si en efecto el régimen aplicable a los contratos suscritos es exclusivamente el del derecho privado o si, por el contrario, habida cuenta de la naturaleza jurídica del fideicomitente y la del contrato de encargo fiduciario que dio origen a los convenios materia de esta controversia, pudieran resultar aplicables las disposiciones que rigen la contratación estatal.

En ese sentido, para el tribunal es claro que por la época en que se celebraron los convenios materia de este proceso, Ecopetrol era de aquellas entidades a las que se refieren los artículos 1° y 2° de la Ley 80 de 1993, pero también de aquellas a la que por virtud de lo dispuesto en el artículo 76 del mismo estatuto, le serían aplicables las disposiciones de dicha ley en todos aquellos convenios que no tuvieran como propósito la exploración o explotación de recursos naturales no renovables, o el ejercicio de las actividades industriales o comerciales propias de su objeto.

Por tal razón, los contratos que ella celebrara, que tuvieran un objeto diferente al de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables o al ejercicio de las actividades industriales y comerciales que le eran propias, se regirían por lo establecido en la mencionada Ley 80 de 1993.

Lo cual indicaría, en consecuencia, que aquellos contratos de encargo fiduciario que Ecopetrol celebrara y que no correspondieran al giro ordinario de sus negocios —como ocurriría con aquellos relacionados con el manejo de los recursos del margen de seguridad— tendrían que regirse por lo dispuesto en el estatuto de contratación.

Ahora bien, dentro de la misma línea, para el tribunal es claro que el contrato de encargo fiduciario VRM-024-98, mediante el cual Ecopetrol contrató con la Fiduciaria Popular la administración de los recursos provenientes del “Margen de seguridad”, parecería ser, *prima facie*, un contrato de aquellos que el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 denomina como “Encargos fiduciarios y fiducia pública”, puesto que sus diferentes cláusulas así lo indican.

Ello implicaría, en consecuencia, que los actos y contratos realizados por la fiduciaria en desarrollo del mencionado encargo deberían regirse por las normas previstas en dicha ley, puesto que así lo dispone el inciso sexto del mencionado numeral 5° del artículo 32.

Sin embargo, al estudiar el origen mediato del contrato de encargo fiduciario VRM-024-98, el tribunal observa que este se remonta al texto del artículo 29 de la Resolución 74 de 1996 de la CREG —por la cual se regula el servicio de gases licuados del petróleo (GLP) y se dictan otras disposiciones—, tal como ella fuera modificada por las resoluciones 96 de 1996 y 146 de 1997, norma en la cual la CREG dispuso que los recursos del margen de seguridad “serán administrados por el Ministerio de Minas y Energía a través de un contrato de fiducia celebrado de conformidad con el numeral 6°, artículo 2°, del Decreto 27 de 1995 y demás normas que le sean aplicables”.

El numeral 6° del artículo 2° del Decreto 27 de 1995 al que se refiere la Resolución 74, dispone que de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994, será función del Ministerio de Minas y Energía: “Celebrar los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos de energía eléctrica y de gas combustible, con sujeción a lo previsto en el título II, capítulo II de la Ley 142 de 1994, en cuanto dicha competencia no esté asignada a otra autoridad”.

De donde se desprende que, por el hecho de haber remitido a dicha norma, desde un principio el regulador que expidió la Resolución 74 entendió que la administración de los recursos del margen de seguridad se tendría que realizar mediante un contrato especial para la gestión de los servicios públicos, de aquellos que están consagrados en los artículos 39 y 40 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, los artículos 39 y 40 de la Ley 142 de 1994, y en particular el primero de tales artículos, relacionan y regulan una serie de contratos —unos nominados, otros no—, que el legislador consideró como convenientes o necesarios para la gestión de los servicios públicos.

Así, por ejemplo, el mencionado artículo 39 calificó como tales, entre otros, los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, los de acceso al espectro electromagnético, los de administración profesional de acciones, los de acceso compartido, los de extensión de la prestación de un servicio, y en general, otros que por su relevancia en materia de servicios públicos ameritaban dicha calificación.

Sin embargo para el tribunal es claro que la enumeración contenida en el artículo no pretendió ser exhaustiva, pues es indudable que al utilizar la expresión “entre otros” para relacionar cuáles contratos correspondían a esta categoría, el legislador delegó en el regulador la posibilidad de otorgar la calificación de “contratos especiales para la gestión de los servicios públicos” a todos aquellos convenios adicionales a los allí relacionados que a su juicio, y por su importancia, justificaran ser calificados como tales.

Para efectos de nuestro análisis no es necesario adentrarse en la naturaleza de tales contratos especiales.

Sin embargo, sí es necesario llamar la atención sobre el hecho de que el párrafo del artículo 39 mencionado, tanto en su versión inicial, como luego de su modificación por el artículo 4° de la Ley 689 de 2001, estableció expresamente que “salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, **todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado**” (resaltado fuera de texto).

Texto del que se desprende, sin lugar a dudas, que salvo los expresamente relacionados en la norma, todos los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, dentro de los que por disposición del artículo 29 de la Resolución 74 de 1996 de la CREG se encuentran aquellos que se celebren para la administración del margen de seguridad, se han de regir por el derecho privado.

Salta a la vista, en consecuencia, que en razón de lo establecido en las disposiciones mencionadas, los contratos de fiducia que debía celebrar el Ministerio de Minas para la administración de los recursos del margen de seguridad no se regirían por lo normado en el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino por lo dispuesto en materia de fiducia mercantil en el Código de Comercio.

En ese sentido es claro que, por virtud de lo establecido en las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, se adicionó dicho numeral 5°, o se creó una excepción al mismo, en el sentido de permitir a las entidades estatales la celebración de contratos de fiducia mercantil regidos íntegramente por el derecho privado, siempre y cuando se trate de convenios que tengan como propósito la gestión de los servicios públicos.

Mediante resoluciones 8 2637 de 1997 y 8 0091 de 1998, el Ministerio de Minas y Energía delegó en Ecopetrol la administración de los recursos del margen de seguridad, estableciendo que la responsabilidad final de la administración, dirección y manejo de la actividad precontractual del proceso de selección de la entidad fiduciaria, del interventor, así como de los respectivos contratos, sería de esta última empresa.

Delegación que, por su naturaleza, no varió —ni podía haber variado— el régimen legal aplicable a la administración de los recursos del margen de seguridad, puesto que este no dependía de la naturaleza de la entidad administradora, sino del hecho de que, por definición del regulador, dicha administración debía realizarse a través de un contrato especial para la gestión de los servicios públicos.

Así las cosas, Ecopetrol, por la naturaleza de la función delegada, tenía necesariamente que celebrar el contrato de fiducia previsto en la resolución CREG, aplicando, por mandato expreso del párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, las normas del derecho privado.

En este sentido, la norma se refería a un contrato típico y nominado previsto en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, que se caracteriza por generar un mecanismo de garantía general y específico y propio de él, como es el llamado fideicomiso y patrimonio autónomo en la normativa colombiana.

Sin embargo, Ecopetrol no actuó así, pues, tal como antes se dijo, procedió inicialmente a celebrar con la fiduciaria popular el contrato de encargo fiduciario VRM-024-98, regido principalmente por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, régimen del cual se desprende, como consecuencia, que los convenios celebrados por la fiduciaria en desarrollo del encargo tendrían que cumplir —y por ende regirse— por las normas previstas en dicho estatuto

contractual.

Para el tribunal no es claro por qué razón Ecopetrol y la Fiduciaria Popular celebraron el contrato de encargo fiduciario VRM-024 con las estipulaciones mencionadas; empero, más de un año después rectificaron en buena parte su decisión, puesto que mediante otrosí de diciembre de 2000 convinieron con dicha fiduciaria una modificación del contrato inicial, en desarrollo de la cual las partes acordaron que “de conformidad con lo establecido en los artículos 39 de la Ley 142 de 1994 y 36 de la Resolución CREG-074 de 1996, dichas contrataciones deberán ser adelantadas por la fiduciaria con sujeción a las reglas del derecho privado”.

Dicho cambio, según lo explicaran las partes en las consideraciones del mencionado otrosí, y en particular en la tercera de ellas, obedeció a “que en comunicación 35201 del 25 de julio de 2000, la jefatura de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Minas y Energía dio respuesta a la consulta formulada por Ecopetrol en relación con el régimen legal aplicable y la entidad competente para el adelantamiento de los procesos de contratación que deban realizarse en desarrollo del encargo fiduciario objeto del contrato VRM-024-98. La citada dependencia sostuvo que el régimen aplicable a los respectivos contratos es el derecho privado con base en lo previsto en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994, y que le corresponde a la fiduciaria adelantar y llevar a cabo dicha contratación”.

Así las cosas, es indudable que el mencionado otrosí no hizo más que reconocer lo que se desprendía de los artículos 29 de la Resolución CREG 074 de 1996, y 39 de la Ley 142 de 1994, más tarde confirmado en el artículo 4º de la Ley 689 de 2001, en el sentido de que los contratos para la administración de los recursos del margen de seguridad, por ser contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, se tenían que regir por el derecho privado⁽⁴³⁾.

Y si bien no es claro cuál es hoy en día el régimen aplicable al contrato de encargo fiduciario celebrado entre Ecopetrol y la Fiduciaria Popular —puesto que mientras la resolución CREG se refirió de manera general a “un contrato de fiducia...” , lo que sugiere que tal contrato de fiducia se tendría que regir también por el derecho privado, el otrosí solo modificó lo concerniente a los convenios que se celebraran en desarrollo del encargo—, lo cierto es que todos los contratos para la ejecución del mencionado encargo sí se rigen por las disposiciones del derecho privado.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, para el tribunal el régimen legal aplicable a los contratos materia de la presente controversia, celebrados entre el Consorcio CCIM y la Fiduciaria Popular, es el régimen de derecho privado consagrado en los códigos Civil, de Comercio y demás normas aplicables, tal como lo convinieron las partes en las cláusulas vigésima sextas de los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8, y a ellos no les son aplicables las disposiciones consagradas en la Ley 80 de 1993.

3. El principio del equilibrio económico del contrato.

Las pretensiones segunda, tercera y cuarta de la demanda arbitral están dirigidas a la declaración de afectación de la equivalencia prestacional o equilibrio económico de los contratos por hechos ajenos al Consorcio CCIM acaecidos durante su ejecución, la condena a Ecopetrol a indemnizarle “y/o” compensarle los perjuicios “y/o” sobrecostos y a restablecer el equilibrio de la ecuación contractual y la declaración de su incumplimiento por no haber adoptado las medidas necesarias para tal efecto.

El equilibrio económico es uno de los principios directrices de todo contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones correlativas, sea celebrado por los particulares, ora por una entidad estatal, trátase de un contrato regulado por las disposiciones civiles o comerciales o por el estatuto de contratación estatal.

Por su inteligencia, las prestaciones y los derechos de las partes son equivalentes⁽⁴⁴⁾ tanto en su celebración cuanto en su ejecución, por manera que frente a la alteración, cambio o modificación de sus condiciones primigenias, menester su análisis de conformidad con su naturaleza, clase o tipo, régimen normativo y estipulaciones singulares para determinar su revisión y adecuación o, de no ser posible o útil, su terminación.

En la contratación estatal, es un principio imperativo de todo contrato estatal con independencia de su naturaleza conmutativa o aleatoria (L. 80/93, arts. 4º, nums. 3º, 8º y 9º; 5º, nums. 1º y 14; 25, nums. 13 y 14; 26, num. 2º; 27, num. 1º; 28 y 50; L. 446/98, art. 16 y CCA, art. 87)⁽⁴⁵⁾.

Por su virtud, el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio cuando “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar” se rompe por actos o hechos de la entidad estatal contratante (ejercicio de facultades o poderes excepcionales, responsabilidad contractual por incumplimiento)⁽⁴⁶⁾, del Estado (“Hecho del Príncipe”) o por factores ajenos a las partes (“imprevisión”), exógenos, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles que exceden la previsión corriente o el “alea” normal⁽⁴⁷⁾, sin que como colaborador de la administración, esté obligado a soportar una mayor onerosidad por un “alea” anormal o extraordinaria o “acontecimiento —excepcional— que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”⁽⁴⁸⁾ y “de suficiente entidad para afectar la estructura económica del contrato”⁽⁴⁹⁾.

En tales hipótesis, la entidad estatal contratante y el contratista, adoptarán las medidas idóneas y celebrarán los acuerdos para el restablecimiento del equilibrio económico turbado, tales como la revisión de precios, la corrección del exceso, las fórmulas de ajuste y las tendientes al mantenimiento de la equivalencia prestacional originaria.

La alteración de la ecuación económica se analiza, caso por caso, en consideración a los fines y finalidades de la contratación estatal, la estructura económica del contrato, su regulación legal, las estipulaciones acordadas y la previsión, dosificación y distribución de los riesgos⁽⁵⁰⁾.

Los riesgos integran su ecuación y forman parte de la equivalencia prestacional.

Todo contrato comporta riesgos susceptibles de negociación, asignación y distribución por las partes en ejercicio de la autonomía privada dispositiva, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y de contratación. De ordinario, los pliegos de la licitación, términos de referencia o moldes preestablecidos de la invitación a ofrecer, contienen la previsión, asignación y distribución de los riesgos o las bases de su negociación y la entidad estatal los identifica, señala, asigna o distribuye según la aptitud para evitarlos, controlarlos y mitigarlos y el particular en su propuesta los acepta, rechaza o negocia, en cuyo defecto, está obligado a los inherentes al “álea normal” de la contratación⁽⁵¹⁾, siendo.

Los riesgos asignados, distribuidos y negociados integran la ecuación económica del contrato; quien los asume, siempre los tendrá a su cargo y no podrá invocar la preservación del equilibrio contractual para soslayarlos ni su asunción podrá ignorarse en el restablecimiento del equilibrio económico. En efecto, ni la entidad estatal ni el contratista, podrán desconocer los riesgos asumidos por cada uno ni trasladar sus efectos o consecuencias económicas. En este sentido, la jurisprudencia contenciosa, ha señalado:

“La aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron.

En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió.

Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública”, pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad.

De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, solo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.

Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el álea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió.

“(…) el contratista asumió riesgos adicionales a los que normalmente asume quien celebra el contrato de obra pública, lo cual significa que debe soportar los efectos nocivos derivados de hechos relacionados con los mismos, que hayan ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato y no estén cobijados por la teoría de la imprevisión (…).

“(…) las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato.

Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar”⁽⁵²⁾.

Tratándose del derecho privado, los efectos de la alteración de la equivalencia prestacional en los negocios jurídicos por causas posteriores a su celebración, también se analizan con sujeción al tipo contractual, su régimen normativo, sus estipulaciones concretas, la naturaleza de los sucesos, la conducta de las partes y, por lo general, procede la revisión de la perturbación y su adaptación a lo acordado *ab initio*, de ser factible o, en últimas, su terminación.

El fundamento del restablecimiento a las condiciones primigenias ha originado diversas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales, dentro de estas, la cláusula *rebus sic stantibus*, la presuposición, la equivalencia objetiva, la frustración de la base del negocio jurídico, el desequilibrio económico sobrevenido, el enriquecimiento indebido o injusto, la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad, la imposibilidad sobrevenida, los riesgos imprevistos, la intervención prestacional, el abuso del derecho, los principios generales del derecho⁽⁵³⁾ *bona fides*, probidad, corrección, la justicia, la equidad⁽⁵⁴⁾, las “sujeciones imprevistas”, las “dificultades materiales” y el “hecho del príncipe”⁽⁵⁵⁾.

A dicho propósito, De Los Mozos, anota:

“Las crisis económicas y sociales del siglo XX van a poner en duda el exquisito equilibrio que muestran los preceptos que acabamos de citar, en dos órdenes diferentes, de los que pasamos a ocuparnos. El primero de ellos tiene lugar como consecuencia de la valoración de la alteración de las circunstancias en las que el contrato se ha celebrado, cuando hace excesivamente onerosa una de las prestaciones, al quedar roto el sinalagma contractual, acudiendo entonces para solucionar el problema a la invocación de la imprevisibilidad, lo que es una manera de introducir en el consentimiento un elemento implícito, no expresado, como en la invocación de la famosa cláusula *rebus sic stantibus*, acuñada por los antiguos, o en las *implieds clauses* del *common law*. El problema ya se había planteado en Alemania en pleno pandectismo, y fue nada menos que Bernhard Windscheid el que elaboró la doctrina del “condicionamiento” (*Voraussetzung*), exteriormente reconocible, como limitación de la voluntad contractual”⁽⁵⁶⁾.

Las diversas vertientes postulan:

a) La presuposición (*Voraussetzung*), se sustenta en condiciones presupuestas no explícitas ni desarrolladas; se estructuró desde la perspectiva de la emisión de la declaración de voluntad bajo el presupuesto de determinada situación que debe verificarse para su eficacia, a punto que su inobservancia precisa su ineficacia al no corresponder a la voluntad del declarante, por lo que su declaración “materialmente carece de fundamento que la justifique” y se trata de una condición implícitamente supuesta y no desarrollada, cuya consecuencia es la invalidez y extinción de las obligaciones por carencia de causa⁽⁵⁷⁾.

b) La frustración de la base del negocio jurídico (*Geschäftsgrundlage*), parte de la consideración común en los

contratantes de elementos base o aspectos fundantes del negocio jurídico cuyo desaparecimiento ulterior comportaría su terminación. La base del negocio puede ser subjetiva, cuando es una representación de las condiciones por las partes, en la que ellas estructuran la existencia y eficacia del contrato; y es objetiva, tratándose de aspectos básicos objetivamente necesarios para la existencia y continuidad del negocio⁽⁵⁸⁾.

c) La corriente del equilibrio prestacional, supone la equivalencia desde la celebración del negocio y su preservación hasta su conclusión definitiva, por lo que, su alteración implica por razones de equidad y justicia su restablecimiento; la tesis de la excesiva onerosidad diferencia el “álea” normal y “anormal”, la distribución de los riesgos y “el surgimiento de riesgos que exceden del álea normal del contrato”⁽⁵⁹⁾, siendo menester, por equidad y cooperación revisar el contenido y conservar el costo primario y genuino.

d) La postura del enriquecimiento injusto precisa la carencia de causa de atribución patrimonial del exceso y la evitación de un enriquecimiento para un contratante con un empobrecimiento correlativo del otro⁽⁶⁰⁾.

e) La tesis del principio de cooperación y buena fe negocial, proclama el deber de probidad de todo contrato, por lo cual, no puede exigir condiciones alteradas en perjuicio de la otra parte, estando obligado a cooperar y por tanto a revisarlas y adaptarlas en interés recíproco.

f) La “teoría de la imprevisión” consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio⁽⁶¹⁾ y estatales⁽⁶²⁾, aplicada también en los negocios civiles⁽⁶³⁾, supone un contrato existente, válido, de prestaciones correlativas y ejecución sucesiva⁽⁶⁴⁾, la ruptura del equilibrio por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles y sobrevenidas a su celebración y la excesiva onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento para una de las partes⁽⁶⁵⁾.

Son imprevistas o imprevisibles las circunstancias no previstas razonablemente por las partes al instante de la celebración del contrato, las que con mediana diligencia o cuidado no estaban en condiciones razonables de prever, las ajenas a su actividad, negligencia o descuido⁽⁶⁶⁾, las que no acontecen por su conducta, es decir, no son imputables a sus propios actos, hechos o comportamientos.

Los acontecimientos, a más de imprevistos han de ser extraordinarios, esto es, por fuera de lo ordinario, normal o corriente, apreciados por el juzgador según la situación fáctica concreta, la profesión, conocimiento, experiencia, aptitud, habilidad e idoneidad de las partes, normalidad, periodicidad, repentinidad, rareza o antecedentes⁽⁶⁷⁾, la exposición a un riesgo conocido con la confianza de evitarlo, superarlo o controlarlo, esto es, la posición de las partes, el hecho específico, sus consecuencias y efectos.

La falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia e imprudencia, la concurrencia de la actividad de parte, su exposición, la falta de adopción de las medidas adecuadas⁽⁶⁸⁾, en fin, la inobservancia de los deberes y cargas de la autonomía privada⁽⁶⁹⁾, en especial, las de claridad, precisión, sagacidad, cooperación y buena fe, excluyen imprevisión, imprevisibilidad e inimputabilidad⁽⁷⁰⁾.

Tampoco procede la imprevisión cuando el contrato ha terminado o concluido, en cuanto solo es susceptible de revisión y adaptación la prestación pendiente de ejecución, cuyo cumplimiento futuro resulta excesivamente oneroso y, por tanto, la reparación de los efectos cumplidos, producidos y consumados por la “excesiva onerosidad”, no es pertinente por imprevisión.

La excesiva onerosidad de la prestación precisa una alteración, perturbación o desproporción ostensible, manifiesta, grave, injusta e inequitativa de la economía del contrato en relación con el valor inicial de la prestación de futuro cumplimiento y el valor ulterior, apreciado de manera objetiva y relacional con la prestación asumida por la otra parte, sin ser menester su imposibilidad, más si una inequivalencia⁽⁷¹⁾.

g) La concepción del medio económico-jurídico, inserta el contrato en un medio económico y jurídico predeterminado, cuya turbación, cambio o alteración determina un contrato distinto, nuevo y diferente del celebrado, siendo menester ante la imposibilidad de exigirlo, volver al primigenio; el abuso del derecho, preconiza que la exigibilidad del contenido excesivo alterado implica un ejercicio abusivo del derecho.

En sentir del tribunal, en el análisis de la equivalencia prestacional, son pertinentes además las siguientes premisas:

(a) El derecho constitucional fundamental de la igualdad de las partes en sus derechos y obligaciones aplicados a los derechos surgidos del negocio jurídico sinalagmático. La inequivalencia prestacional por circunstancias ulteriores a la celebración del contrato, se traduce en una posición desigual de las partes y, por esto, su corrección desarrolla la igualdad al procurar su mantenimiento.

El tribunal no desconoce la diversa posición jurídica y económica en que puedan encontrarse las partes. Los contratos pueden celebrarse entre partes con idéntica, similar o diversa situación jurídica y económica. No obstante, celebrado un contrato, aún entre partes desiguales, de aquellos en los que por ley o por la convención deba existir una equivalencia, las condiciones económicas acordadas deben mantenerse y, su alteración, se traduce en ruptura de la igualdad entre derechos y obligaciones al devenir inequivalentes los de una parte en relación con los de la otra. Esto significa que la corrección propicia la igualdad e impide un trato desigual entre las partes de un contrato.

(b) La autonomía privada dispositiva, autonomía de la voluntad, libertad contractual o libertad de contratación reconocida por el ordenamiento jurídico a los particulares para la disposición de sus intereses con las restricciones inherentes a la estructura lógica y funcional del acto dispositivo⁽⁷²⁾, el orden público⁽⁷³⁾ y las buenas costumbres⁽⁷⁴⁾, esto es, las restricciones y limitaciones disciplinadas por el legislador.

La Constitución Política⁽⁷⁵⁾, en efecto, habilita a los particulares para determinar sus derechos mientras no esté prohibido por la ley (C.P., art. 6º) La disposición de bienes y derechos no solo es una potestad del particular sino una función social (art. 58). Los contratos, son instrumentos para distribuir y circular bienes y derechos, y por tanto, también están sujetos a la regla de la autonomía de voluntad, con la restricción del orden público y su función social (C.P., art. 60).

(c) La obligatoriedad o vinculatoriedad del acto, negocio jurídico o contrato, por virtud del cual, las partes están obligadas a su cumplimiento en todo cuanto corresponda a sus elementos esenciales, naturales, accidentales y la equidad.

La equivalencia o simetría prestacional en los negocios jurídicos en los que por disposición legal o particular deba mantenerse, desarrolla este principio, por cuanto, su alteración ulterior implica una ruptura del marco de circunstancias inicial a cuyo tenor se han obligado. Por esto, la corrección del desequilibrio prestacional preserva el principio de la obligatoriedad del negocio jurídico (“normatividad del acto jurídico).

Ahora bien, en el derecho privado, mientras no exista un texto prohibitivo expreso de la ley en contrario, ni vulnere normas imperativas, el *ius cogens*, las buenas costumbres o preceptos inspirados en la dirección, orientación e intervención del Estado en consideración a determinados intereses fundamentales para la regularidad de las relaciones y del tráfico, las partes podrán modificar el régimen ordinario de la responsabilidad contractual, disciplinar el contenido de su relación, negociar, distribuir y asignar los riesgos del contrato (C.C., arts. 1604 y 1732, según el cual “si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado”)⁽⁷⁶⁾.

En tales casos, la estipulación negocial resulta obligatoria y no puede invocarse la alteración del equilibrio económico para inobservarla, ni constituirse en un motivo de ruptura, toda vez, que integra o conforma el contenido prestacional y, por tanto, la equivalencia del contrato.

En estas hipótesis, es menester que quien pretende la revisión del contenido económico del contrato, no haya asumido los riesgos de cuya ocurrencia se predica su alteración, tanto más, si la autonomía privada y la libertad precisa la facultad de asumirlos y, por consiguiente, de ser responsable por su ocurrencia sin posibilidad de excusa ni de exoneración de la contingencia por la cual se obligó a responder.

(c) La aplicación de los principios generales del derecho⁽⁷⁷⁾, la analogía *legis* o *iuris*⁽⁷⁸⁾ y, particularmente de la buena fe, la cooperación negocial, la equidad y la proscripción del enriquecimiento sin causa.

La buena fe⁽⁷⁹⁾, probidad, corrección, honestidad, conciencia de actuar justamente según reglas social o jurídicas, es *principia generalia*, inspira todo el ordenamiento jurídico, se acentúa en las situaciones jurídicas específicas y es una carga concreta de la autonomía privada exigible en el período formativo del contrato⁽⁸⁰⁾, en su celebración,

desarrollo y ejecución.

Se identifica, con el actuar leal, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente, o sea, “con determinado standard de usos sociales y buenas costumbres”, no “hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad, es “realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad” y se equipara “a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor⁽⁸¹⁾ .

Es principio de imperativo cumplimiento exigible en todas las relaciones jurídicas y a todos los sujetos contractuales⁽⁸²⁾ y, por su virtud, se excluye la posibilidad de invocar la conducta rehusada, torpe, desidiosa, desinteresada o negligente, y en especial en la búsqueda efectiva del fin querido o necesitado por las partes y los efectos derivados, todos los cuales se radican exclusivamente en la parte⁽⁸³⁾ .

El principio de **“cooperación”**⁽⁸⁴⁾ constituye una carga de la autonomía privada, implica el adelantamiento de los actos necesarios a la plenitud de la función práctica o económica social del negocio, y su omisión entraña la imposibilidad de imputar a las restantes partes las consecuencias nocivas de la situación o los efectos de la frustración de la relación jurídica (C.Co, art. 871). En efecto, en preservación del tráfico jurídico, la regularidad y certidumbre de las relaciones negociales, la moralidad, ética, confianza, probidad, corrección, buena fe, cooperación contractual y en repudio a actitudes contrarias, la “doctrina de los actos propios” encuentra fundamento constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política y ha sido reconocida expresamente por la doctrina⁽⁸⁵⁾, la jurisprudencia constitucional y del contencioso administrativo⁽⁸⁶⁾ .

Tratándose de negocios jurídicos precedidos de un período formativo, la conducta de las partes es relevante para definición de sus controversias. Cuando existen “moldes” formativos del negocio (pliegos de condiciones, términos de referencia, condiciones), naturalmente, su autor no podrá invocar en contrario ni tampoco el proponente u oferente a contrariedad de su conducta.

(d) La interpretación del negocio jurídico desde una perspectiva retrospectiva y prospectiva y según sus normas o reglas, la reciproca intención de las partes, el análisis sistemático e integral de las estipulaciones conforme a la naturaleza del contrato, la preservación del acto, la inclusión de las cláusulas de uso común (*naturalia negotia*), la interpretación por la conducta negocial o ejecución práctica, en contra del autor en casos de insuficiencia, ambigüedad u oscuridad (C.C., arts. 1618 a 1624).

Las reglas transcritas sobre la buena fe, son de imperativo cumplimiento y por tanto integran el contenido normativo del contrato, que son y debieron ser tenidas en cuenta por las partes en el desarrollo del mismo.

El derecho a obtener la reparación de la alteración económica de un contrato, conforme a lo dicho, puede sustentarse en los principios generales del derecho, en la buena fe, en la equidad, en la función práctica o económica social del negocio jurídico, en la prevención y remediación del abuso del derecho y del enriquecimiento injusto, cuyo desconocimiento repudia el ordenamiento jurídico ya que resultaría contrario a la equidad y a la buena fe exigir a una de las partes un detrimento antijurídico que no está obligado a soportar legal ni contractualmente. Por el contrario, se consagra la igualdad de derechos y obligaciones de las partes en la celebración y ejecución del contrato, se impone la preservación de la equivalencia, el deber de actuar con probidad, corrección y buena fe y la evitación de conductas contrarias.

Así mismo, las reglas de interpretación son mandatarias esencialmente y en primer lugar para las partes, que debieron interpretar el contrato como requisito previo y lógico para poderlo ejecutar, y también son reglas de juzgamiento para quien dirime con función jurisdiccional las controversias.

Empero, a la fecha no existe norma específica alguna que permita la aplicación de una figura con iguales condiciones a la del restablecimiento del equilibrio económico prevista en la Ley 80 de 1993 para la resolución de conflictos en los contratos regidos por el derecho privado en Colombia.

Planteamientos, relacionados con temas tales como la igualdad de las partes, las causas o motivos explícitos o implícitos que las llevaron a contratar, el entorno en que lo hicieron, la voluntad que manifestaron, y en general

todas las teorías relacionadas con, o atinentes al equilibrio intrínseco que ha de existir en cualquier relación contractual, son consideraciones que los jueces deben tener en cuenta al momento de interpretar el alcance de las obligaciones expresas e implícitas de las partes de un contrato regido exclusivamente por el derecho privado, pero que no tienen por sí solas el mérito de servir para justificar el restablecimiento de un equilibrio contractual que se ha roto, en los términos precisos en que, a manera de régimen exceptivo propio, creó la Ley 80 de 1993.

La legislación vigente permite la aplicación de la teoría de la imprevisión como está consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, teoría que si bien conduce a una especie de restablecimiento del equilibrio económico, es bastante más limitada en cuanto a su alcance que su homóloga en la contratación estatal, puesto que, entre otras diferencias, solo es aplicable para prestaciones futuras y no para prestaciones ya ejecutadas.

Es decir, mientras en la contratación estatal el restablecimiento del equilibrio económico se puede referir a cualquier etapa del contrato, aún si este ya se ejecutó, en la contratación privada el restablecimiento del equilibrio, entendido como la posibilidad que tiene el juez de realizar los ajustes al contrato que la equidad indique, o de decretar la terminación del contrato, lo cual libera al contratante afectado de continuar con las obligaciones que le son excesivamente onerosas, solo opera hacia futuro y afecta las prestaciones pendientes de ejecución.

Lo cual indica que dicha figura provee a lo sumo un restablecimiento precario y no integral, que es susceptible de corregir hacia el futuro un desequilibrio, más no hacia el pasado; es decir, no permite corregir las inequidades que se hubieren causado en las prestaciones ya ejecutadas, lo que en muchos casos puede ser tanto o más importante para los contratantes que aquellas por ejecutarse, especialmente en un contrato cuyo desarrollo se encuentre avanzado.

4. Las pretensiones de incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales y afectación de la equivalencia prestacional o equilibrio económico del contrato por hechos ajenos al Consorcio CCIM.

1. La sociedad convocante pretende la declaración de incumplimiento por la parte convocada de sus obligaciones de orden legal y contractual relacionadas con la iniciación del contrato por demorar la firma del acta respectiva, incorporar tardíamente la interventoría, carecer del número de identificación fiduciaria de los cilindros (NIF), no entregar el software aplicativo, ausencia de funcionarios necesarios para el proceso de destrucción de materiales, falta de contratación para la recolección de chatarra, inobservar la programación de las cantidades de trabajos contratadas e indebida aplicación de las multas y la cláusula penal.

Pretende igualmente la declaración de afectación de la equivalencia prestacional o del equilibrio económico del contrato por hechos ajenos a dicha parte, los unos consistentes en el incumplimiento de Ecopetrol S.A. y los otros por circunstancias imprevistas e imprevisibles, y la correspondiente declaración de incumplimiento de Ecopetrol por no restablecerlo.

2. La parte convocada se opone a la declaración precedente por inexistencia de los mismos, incumplimiento previo del Consorcio CCIM, imposibilidad de invocar los que no fueron objeto de salvedad en la liquidación de los contratos, tales como su iniciación tardía, entrega del NIF, certificación de Icontec, ingreso de la interventoría, ausencia de pretensión específica sobre el particular y no causación de perjuicio alguno.

De análoga manera, estima que los hechos por los cuales se pretende la ruptura de la equivalencia económica hacen parte integrante de los riesgos libremente contratados y acordados.

Consideraciones del tribunal.

1. Conforme analizó con anterioridad el tribunal en el acápite de su competencia, los incumplimientos pretendidos por la parte convocante están comprendidos en las salvedades expresas al acta de liquidación de los contratos que remite a la reclamación presentada por el Consorcio CCIM el 17 de septiembre de 2003, en el compromiso y en las pretensiones de su solicitud de convocatoria y demanda arbitral en la cual se relacionan.

2. El contrato, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. de Co y 1495 C.C.), es fuente generatriz de obligaciones y exige a las partes estar a todo cuanto le corresponde por definición (*essentialia negotia*), por ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia*

negotia) y a lo expresamente pactado (*accidentalia negotia*).

Formado el contrato, *prima facie* , genera el efecto primario o inicial, propio de su naturaleza vinculante proyectada en la atadura, vínculo u obligatoriedad de su cumplimiento íntegro, efectivo, oportuno de “la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa”⁽⁸⁷⁾ en la forma y oportunidad pactada por las partes, para quienes constituye una norma o precepto contractual obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus*)⁽⁸⁸⁾ .

El contrato debe cumplirse de buena fe⁽⁸⁹⁾ , en todas y cada una de sus estipulaciones y respecto de todas las obligaciones surgidas del mismo, de la ley, uso o costumbre y de lo pactado a propósito (arts. 864, 871 C. Co., 1501, 1601 y 1602 del C.C. y 28 de la L. 80/93).

El cumplimiento del negocio jurídico y del contrato, en principio espontáneo, no queda al arbitrio del deudor, pues lo obliga a ejecutar la prestación debida y el acreedor podrá exigirle su cumplimiento coactivo, constreñido y a su contrariedad.

En los contratos bilaterales o de prestaciones correlativas, el incumplimiento o renuencia a cumplir de una de las partes y el cumplimiento o disposición a cumplir de la otra, otorga acción para exigir su cumplimiento o su resolución con indemnización de perjuicios, es decir, la obligación misma (prestación *in natura*) o su equivalente pecuniario (subrogado, *aestimatio pecunia*) con la plena reparación de daños, ya de mera principal (C.C., arts. 1610 y 1612) ora accesoria y consecuencial (C.C., arts. 1546 y 1818), bien en forma autónoma e independiente de la resolución.

El tribunal pone de presente que el cumplimiento de las obligaciones dimanadas de un contrato es vinculante para los contratantes y, así mismo, deja sentada la autonomía e independencia de la prestación indemnizatoria de los daños causados con el incumplimiento de las obligaciones y, por consiguiente, la pertinencia y procedencia de su reparación cuando no justifique la resolución o terminación del contrato, tanto más, si la fuente generatriz de la lesión es el incumplimiento y no esta.

Es evidente que la responsabilidad por incumplimiento contractual, es título de imputación de un daño antijurídico y también según se analizó en otros apartes de esta providencia, de rompimiento del equilibrio económico, por cuanto nadie está obligado a soportar el daño derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de su contraparte contractual.

3. Tal como lo expresó el tribunal, en el presente caso, es claro que los contratos que aquí se analizan se rigen por las normas del derecho privado, y a ellos no les son aplicables las disposiciones consagradas en la Ley 80 de 1993.

En tales condiciones, mal podría hablarse de un eventual restablecimiento del equilibrio económico en la relación comercial entre el Consorcio CCIM y Ecopetrol o la fiduciaria, cuando dicha figura es propia de la contratación estatal y ajena como tal a la contratación regida por el derecho privado, en la que, tal como se explicó en el acápite anterior de este laudo, imperan principios diferentes.

Por tal motivo, el tribunal denegará todas aquellas pretensiones de la demanda que se fundamentan en la existencia de un supuesto desequilibrio, en las que el demandante invoca normas y principios de la Ley 80 de 1993 y de la contratación estatal, que no son aplicables a los contratos que regían su relación con Ecopetrol y la fiduciaria.

Dentro de la misma línea, y por las mismas razones ya explicadas, el tribunal desestimaré la aplicación de lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio, es decir, el restablecimiento precario allí previsto, puesto que dicha figura no podría tener aplicación en el caso *sub judice*, en la medida en que ya terminó la ejecución de todos los contratos materia de la litis.

4. Tal como lo expresó el tribunal, en el presente caso es claro que los contratos que aquí se analizan se rigen por las normas del derecho privado, y a ellos no les son aplicables las disposiciones consagradas en la Ley 80 de 1993.

En la primera pretensión de su demanda, el consorcio solicita se le indemnice por los perjuicios sufridos con ocasión de un supuesto incumplimiento por parte de Ecopetrol de algunas de sus obligaciones contractuales, tema este que a su vez había sido materia de las salvedades que dieron origen al compromiso suscrito entre las partes⁽⁹⁰⁾ .

En desarrollo de esa pretensión, a lo largo de su demanda el consorcio sostiene que Ecopetrol incumplió con sus obligaciones de diversas maneras, una de ellas, la principal tal vez, la atinente a su deber de asegurar la entrega de cilindros por parte de los distribuidores para su reparación o reposición.

En su libelo inicial, así como en sus alegatos finales, el consorcio es prolijo en explicar cómo, a su juicio, correspondía a Ecopetrol, o a la fiduciaria en nombre y representación de una empresa estatal, realizar las acciones que fueran necesarias para que los distribuidores entregaran cilindros a los talleres para su reposición o aceración.

Según dice el demandante, el consorcio nunca asumió el riesgo de la disponibilidad de cilindros para su reparación, puesto que en su opinión, se desprendía de los términos de referencia que era obligación de Ecopetrol o la fiduciaria asegurar dicha disponibilidad; y a su juicio fue dicha falencia la causa principal del descalabro en que terminó la ejecución de los contratos.

Alegación en la que, a juicio del tribunal, le asiste razón al consorcio, pero solamente en parte, por las razones que se pasan a explicar.

1. El riesgo de la disponibilidad de cilindros.

El régimen ordinario de la responsabilidad contractual disciplinado en el artículo 1604 del Código Civil, es susceptible de modificación por disposición legal o negocial y, las partes, en ejercicio de su autonomía privada o libertad, podrán acordar cláusula de exoneración, atenuación o extensión (C.C., art. 1604/4 y 1732), con sujeción a las normas jurídicas, al orden público, a las buenas costumbres y dentro de marcos compatibles con la estructura de la relación obligatoria, la buena fe y el equilibrio prestacional⁽⁹¹⁾.

El deudor, en efecto, podrá asumir una responsabilidad más intensa a la dispuesta en el ordenamiento jurídico para el tipo negocial celebrado y determinados riesgos, sean previsibles, sean imprevisibles, amplificando el contenido de sus obligaciones, prestaciones y deberes⁽⁹²⁾.

El riesgo, en la autorizada opinión de F. Cosentini, se explica así:

“en el lenguaje jurídico "riesgo" es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor”.

(...) “de manera general se entiende por riesgo en los contratos las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa prometida. La destrucción parcial sigue las reglas de la total.

Además, puede incluirse en ella la depreciación económica, cuando priva a la cosa de todo valor”⁽⁹³⁾.

Desde una perspectiva más amplia, el profesor M. G. Sarmiento García, anota:

“Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una noción de potencialidad referida esencialmente al daño, elemento este que estructura todo el derecho de la responsabilidad y le otorga a la teoría que lleva su nombre un contenido esencialmente objetivo en el análisis de los hechos y las conductas que traen como consecuencia un perjuicio, objetividad esta que dista mucho del contenido mecanicista y materialista que alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia le ha imputado a la teoría del riesgo como fundamento del sistema de responsabilidad objetivo, amparándose en un falso humanismo y dando a entender que la noción de riesgo conlleve un regreso a las épocas de la barbarie y la venganza, cuando el objetivo fundamental de dicha noción es colocar el derecho de la responsabilidad a tono con los avances tecnológicos e industriales del mundo contemporáneo y proteger a los particulares a esos riesgos que el avance de la técnica trae consigo, acorde con la realidad que vivimos, a la cual debemos enfrentar con realismo y honestidad y no darle le espalda con la enunciación de fórmulas abstractas que no están en capacidad de interpretar y reflejar fielmente los hechos humanos y sociales, finalidad básica de la regulación normativa⁽⁹⁴⁾.

También la jurisprudencia arbitral, en el laudo arbitral de 29 de julio de 2004, Tribunal de Arbitramento de Covilmdes v. Inco, define el riesgo “como la probabilidad de producción de sucesos aleatorios que aquejen el

desarrollo de un proyecto, propiciando una alteración del resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”.

Naturalmente, en la vida de relación la exposición al riesgo es una constante⁽⁹⁵⁾ y cuando las partes por virtud de un negocio jurídico asumen determinados riesgos contraen cierta responsabilidad⁽⁹⁶⁾. Así, la pérdida, destrucción o deterioro del cuerpo cierto debido podrá extenderse al caso fortuito o a la fuerza mayor y el deudor podrá constituirse responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular (C.C., art. 1732). Tales aspectos conciernen al interés de las partes y a la función práctica o económica social que pretenden realizar con la celebración de un negocio jurídico.

Con base en lo dicho anteriormente, es viable concluir lo siguiente:

- (a) Los riesgos son susceptibles de previsión, distribución, dosificación y negociación por las partes, quienes podrán evaluarlos, asignarlos, distribuirlos, negociarlos y asumirlos;
 - (b) En cualquier contrato, las partes podrán asumir riesgos adicionales a los que normal u ordinariamente se derivan de la contratación;
 - (c) Los riesgos libremente negociados no podrán desconocerse por quien los asumió, ni aún so pretexto de variaciones acontecidas con posterioridad a la celebración del contrato.
 - (d) Cuando un contratante asume un riesgo debe soportar las consecuencias nocivas comprendidas en los mismos.
- “Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato, no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra los sobrecostos que hayan podido generar⁽⁹⁷⁾.
- (e) Frente a un riesgo “previsible” y libremente negociado, las partes, en desarrollo de los principios de buena fe y cooperación contractual, deben adoptar recíprocamente las medidas idóneas para evitar su agravación. Esta actividad de diligencia se predica de ambos contratantes, tanto de la parte que asumió el riesgo cuanto de su contraparte y, en consecuencia, cada una debe adoptar las medidas razonables de acuerdo con el marco de circunstancias y las exigencias de su profesión, actividad u oficio para evitar el perjuicio derivado de su ocurrencia o su agravación, lo cual, comporta una conducta diligente considerando las medidas de prevención de los riesgos que son usuales.
 - (f) El principio de la buena fe y de la cooperación negocial exigible a las partes, comporta una colaboración real, efectiva y oportuna entre los contratantes, para el logro de la función práctica social del negocio jurídico celebrado y, por tanto, una conducta activa en la evitación, mitigación o agravamiento del riesgo.

Esta exigencia, deriva igualmente del principio de la *utilitas* de la relación negocial y la responsabilidad consiguiente de los contratantes. En este sentido, el ordenamiento establece que en los contratos que por su naturaleza son útiles al acreedor, el deudor no es responsable sino de la culpa lata y de la leve cuando los contratos se hacen para beneficio recíproco de las partes, y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio como en el caso del comodato o préstamo de uso, todo “sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes”.

De lo anteriormente expuesto fluye que la asunción de un riesgo concreto por una de las partes del contrato, no excluye la actuación de la buena fe ni la cooperación contractual exigible a la otra parte, ni tampoco, el cumplimiento de las obligaciones que por virtud del contrato, de su contenido integrado por sus elementos esenciales, naturales, accidentales y la equidad, le corresponde.

Por consiguiente, cuando el incumplimiento al deber de buena fe y cooperación negocial por la parte que no asume el riesgo contribuye a su causación, compromete su responsabilidad contractual, genera el deber de reparar los daños causados, considerando su participación en la ocurrencia, modificación o agravación del riesgo y, naturalmente, la conducta negocial de quien lo asume.

En el caso *sub iudice*, le expresión “riesgo de disponibilidad de cilindros”, usada por las partes con relativa frecuencia a lo largo de sus alegaciones, atañe a las consecuencias nocivas de una situación cuya posible ocurrencia era conocida por estas con anterioridad a la formación de los contratos, circunstancia que no puede calificarse de imprevisible, esto es, que constituyó un evento cuya ocurrencia potencial era factible.

En tales condiciones, el interrogante a dilucidar es a cuál de las dos partes correspondía asumir las consecuencias en el evento de que esa situación, que como se dijo era previsible, llegara a presentarse a lo largo de la ejecución del contrato.

Empero, antes de entrar en el punto anterior, es menester realizar algunas precisiones con respecto a la naturaleza de los convenios suscritos, que es importante para el mejor entendimiento de lo que se dirá más adelante.

A juicio del tribunal, el análisis sistemático e integral del contenido de los contratos, sus antecedentes formativos y la simple enunciación de su objeto, los sitúa en la categoría de los contratos “atípicos”, sustentados en la autonomía privada y la libertad contractual o de contratación⁽⁹⁸⁾ que reúne prestaciones propias en cuanto al alcance de los servicios contratados y las características del suministro, contrato “por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de la otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios” (C. de Co., art. 968). El suministro es negocio jurídico de reciente estructuración, en los usos y prácticas del tráfico jurídico, cuyos antecedentes se remontan a *alocatio operarum* (prestación de servicios) y *conductio* (transporte), y a la compraventa a plazos o con entrega de cosas fraccionada. Normativamente, la Comisión Redactora de 1958 del Código de Comercio se basó en los artículos 1559 y 1655 del Código Civil Italiano de 1942, reguladores del suministro de cosas y servicios.

Caracteriza su función práctica o económica social el mantenimiento y continuidad de relaciones jurídicas proyectadas en el tiempo, la certeza de provisión y disponibilidad de cosas y servicios, así como la celeridad y economía al comprender un conjunto de prestaciones inherentes a cosas o servicios.

En cuanto a su tipología, es un contrato con tipicidad legal de naturaleza comercial, patrimonial, oneroso y usualmente conmutativo, de prestaciones correlativas, ejecución progresiva, periódica o continuada, principal, paritario o de adhesión particularmente cuando los bienes o servicios están sujetos a monopolio o a una regulación sectorial; puede ser abstracto y preparatorio de contratos de desarrollo, ejecución, complementación o aplicación, por cuanto sirve para actividades ulteriores correspondientes a las prestaciones aisladas, asegurando la continuidad de la cosa o servicio con estricta sujeción al contenido predispuesto por la unidad homogénea de cláusulas vinculantes o por referencia o reenvío. De su concepto legal dimanar como elementos esenciales la autonomía e independencia de las partes, la pluralidad prestacional, la periodicidad o continuidad de las prestaciones y la contraprestación a cargo del suministrado o consumidor y a favor del proveedor. Las prestaciones pueden ser de cosas o de servicios, según la clase de suministro, y en el de cosas su noción se entiende en sentido amplio, es decir, que puede cobijar cosas muebles, inmuebles, corporales e incorpóreas, aunque alguna doctrina lo limita a muebles (materias primas, energía, agua, etc.) e implica prestaciones de dar a título de tradición o de mera tenencia. Si de servicios se trata, las prestaciones son de hacer y pueden ser de resultado, garantía o seguridad.

En lo concerniente a la cuantía del suministro, las partes podrán establecer una cantidad determinada o indeterminada y determinable conforme a un límite mínimo y a un límite máximo o por cada prestación, en cuyo caso, “corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cuantía del suministro”; igualmente podrán referir a un límite máximo, hipótesis en la cual el consumidor determinará su cuantía “sin exceder dicho máximo” o, también podrán remitirse “a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias” indicando un mínimo, evento en el que “el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso” y, cuando la cuantía del suministro no haya sido determinada, se entenderá que las partes han pactado aquella que corresponda al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario” (C. de Co., art. 970). De igual manera, cuando el suministro es “periódico, el precio correspondiente se deberá por cada prestación y en proporción a su cuantía, y deberá pagarse en el acto, salvo acuerdo en contrario de las partes” y siendo continuo, el precio deberá pagarse de conformidad con la costumbre, si las partes nada acuerdan sobre el particular. El suministro diario se tendrá por

continuo” (C. de Co., art. 971).

El suministro puede comprender un cúmulo de servicios, actividades y cosas de diversa naturaleza. No obstante, el contenido de las estipulaciones acordadas en los contratos materia de la presente controversia comprende prestaciones que trascienden la esfera del suministro de servicios o bienes, al enunciar actividades de reparación, reposición, mantenimiento, destrucción, fabricación, transporte y, por tanto, comporta un esquema contractual cuya función práctica o económica social va más allá del contrato de suministro de servicios o de cosas.

Ahora bien, el objeto de los contratos celebrados entre el Consorcio CCIM y la Fiduciaria (cláusula primera), el alcance de los servicios contratados (cláusula segunda y cuarta), los deberes y responsabilidades del primero (cláusula quinta), el valor del contrato y su forma de pago, permiten concluir sin duda alguna que las cantidades de trabajo, servicios y obras que se debían suministrar eran variables, indeterminadas pero determinables por el número real y efectivo de cilindros que se entregaran para su reparación o reposición. Esto quiere decir que lo contratado fue un *opus* o resultado concreto, que dependía de la conjunción de prestaciones diversas que se requirieran (destrucción, reposición, reparación, mantenimiento y transporte, entrega o sustitución), tales como el suministro de materiales, bienes, enseres, maquinaria, personal, transporte, construcción, instalación, funcionamiento, formación de personal, etc., cuya responsabilidad asumió el Consorcio CCIM en los términos y condiciones acordados.

Ahora bien, para el tribunal es claro que desde el mismo proceso formativo de los convenios entre la Fiduciaria y el Consorcio CCIM no se indicaron cantidades fijas o determinadas y que lo que se contrató fue un servicio variable, indeterminado y determinable conforme a los estimativos y proyecciones y a las necesidades de cambio, contemplándose el pago por los servicios real y efectivamente prestados, sin que pueda sostenerse que en efecto, se contrataran unas cantidades ni la capacidad operativa para tal efecto.

En efecto, de la lectura de los documentos que obran en el expediente, en particular de los términos de referencia y de las explicaciones de su alcance dada por la Fiduciaria, se desprende que en ellos dicha entidad fue muy clara en manifestar que las consecuencias de la no entrega de cilindros corrían por cuenta de los futuros contratistas. Empero, como se verá más adelante, dicha condición estaba aparejada con una serie de obligaciones a cargo de Ecopetrol, la Fiduciaria y el Consorcio CCIM que tenían como propósito cumplir una política gubernamental y por ende morigerar la posibilidad de ocurrencia de las mencionadas consecuencias.

Es así como en el numeral 3.5.4 de los términos de referencia se especificó que para la elaboración de sus propuestas, los oferentes debían estimar, con base en los presupuestos asignados y las estadísticas existentes de reparación y reposición de cilindros de años anteriores, cuáles irían a ser las cantidades de cilindros a los que se les iba a prestar servicio durante el período contractual, cálculos que los oferentes debían realizar **“bajo su entera responsabilidad y riesgo”**. En el mismo numeral se estableció también que el proponente sería “el único responsable de las deducciones, estimaciones y proyecciones que realice con la información que la Fiduciaria suministra...”; y al final del mencionado numeral se dijo que: **“...dado que no existen cifras ciertas sobre la cantidad de cilindros y tipo de reparaciones a realizar mes a mes**, se espera que los proponentes ofrezcan su mejor precio para cada tipo de reparación...” (negrillas fuera de texto).

Dentro de la misma línea anterior, el numeral 3.5.5 de los términos disponía que “En su propuesta, los proponentes deberán indicar, a título informativo la capacidad operativa (...) de su taller en número de cilindros a los que se le podrá prestar servicios por día y por mes”; y más adelante continuó “...el proponente deberá tener en cuenta en su propuesta que **el número de cilindros que se le programarán mensualmente para la prestación de servicios es variable** y que la misma depende de los recursos disponibles y **de las solicitudes de servicios que hagan los distribuidores de GLP** a la Fiduciaria” (negrilla fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, al responder a las preguntas formuladas por los interesados, en particular una de Cinsa S.A. (fl. 003326, cdno. pbas. 1 aportado por el demandante) en la cual dicha sociedad, luego de decir que en la licitación en cuestión se había incluido un hecho previsible, que a su juicio constituía **“un riesgo propio de este contrato y frente al cual las personas interesadas deberán decidir si lo aceptan o no, y en consecuencia ofertar o no...”**, preguntó sobre la potencialidad de los mercados de cilindros, el dimensionamiento de los talleres y la falta de elementos concretos para hacerlo, la fiduciaria respondió:

“El proponente es el responsable de estimar sus costos y utilidades, resultantes de la información disponible y entregada por la fiduciaria en los términos de referencia. Por lo tanto, siendo un contrato por precios unitarios, **esta circunstancia se constituye como tal en un riesgo propio previsible de este contrato** (negrilla fuera de texto).

Todo lo cual indica, a juicio del tribunal, que en ninguna parte de los términos de referencia se garantizó o se aseguró al futuro contratista que dispondría de un número mínimo de cilindros a reparar o reponer, y que las cantidades mencionadas a título ilustrativo en los términos de referencia, que se derivaban de la Resolución 048 de 2000, tanto en lo atinente a presupuestos como a metas de reparación, no eran más que eso, es decir, indicaciones sobre unas metas que tenía la CREG, pero que no implicaban compromiso alguno por parte de Ecopetrol o la Fiduciaria. En ese sentido, la Fiduciaria fue enfática en sostener que las cantidades de cilindros a reparar serían variables, y dependerían tanto de la disponibilidad de recursos, como de las solicitudes de servicio realizadas por los distribuidores.

Para el tribunal es claro, en consecuencia, que la intención de Ecopetrol y la Fiduciaria era la de contratar la prestación de un servicio de reparación y reposición de cilindros con cantidades indeterminadas, pero determinables, en la cual el contratista asumiera el **riesgo comercial que implicaba la disponibilidad real de cilindros**. De igual manera, el tribunal es de la opinión que dicha situación debía ser clara para el contratista, pues no solo de los textos mencionados, sino también de las respuestas que la fiduciaria dio a algunos de los interesados se desprendía que ella entendía que los proponentes tenían que correr con las consecuencias que se derivaran del hecho de que **los distribuidores no entregaran cilindros para su reparación y reposición**.

En ese sentido, el tribunal considera que la declaración del señor representante legal del consorcio es ilustrativa de la manera como CCIM entendía realmente dicha situación. Pues, en respuesta a una pregunta del apoderado de la demandada, en la que este último le preguntara: “...qué consideración le mereció al consorcio el hecho de que la ejecución plena de los 8 contratos dependiera fundamentalmente de la voluntad de los distribuidores para llevar los cilindros”, y cómo habían incorporado esa “matriz de riesgo” dentro de la fórmula de equilibrio estimada por el consorcio, dicho funcionario respondió:

“Sr. Granados: El consorcio nunca **consideró que allí hubiese un riesgo**.

“Dr. Ariza: O sea no hizo ninguna valoración sobre la eventual...

“Sr. Granados: Lo hizo, pero la conclusión es que **el riesgo no era significativo, que estaba tratando con el Estado y que había una serie de entidades estatales detrás del proyecto que iban a cooperar para que eso se dé**” (negrillas fuera de texto).

Lo cual, a juicio del tribunal, claramente indica que el consorcio era consciente del riesgo asumido y que él consideró que se trataba de algo manejable, amén de que estaba convencido de que las entidades estatales que estaban “detrás del proyecto” prestarían su colaboración para evitarlo o minimizado.

Finalmente, el tribunal llama la atención sobre el hecho de que el perito Germán del Corral llegó a similar conclusión, tal como se ve en la página 13 del dictamen, en la cual, luego de transcribir el numeral 3.5.4 de los términos de referencia, el mencionado experto llegó a la siguiente conclusión:

“El perito comedidamente anota que, en consecuencia, técnicamente los TdR no prevén cantidades de cilindros a mantener y reparar, los TdR ponen a disposición de los proponentes unas estadísticas de años anteriores con base en las cuales estos podrán estimar las cifras que desean proponer”.

2. Las obligaciones en materia de distribuidores.

Sin embargo, tal como se dijo anteriormente, el hecho de que de acuerdo con las reglas del proceso de contratación el contratista tuviera que correr con las consecuencias de la no disponibilidad de los cilindros, no quiere decir que Ecopetrol o la Fiduciaria no tuvieran obligación alguna en esta materia o que pudieran desentenderse del tema.

Pues para el tribunal es claro, por una parte, que tanto el contrato suscrito entre Ecopetrol y la Fiduciaria, como los convenios entre esta última y el Consorcio CCIM, eran consecuencia de una política gubernamental que tenía

como propósito asegurar a la ciudadanía en general y particularmente a los usuarios del servicio público domiciliario, que el GLP se distribuiría en cilindros que cumplieran con especificaciones técnicas que aseguraban la calidad y por ende la seguridad de los mismos; y por otra, que como consecuencia de lo anterior, en los contratos quedaron incluidas o incorporadas normas y/o obligaciones exigibles tanto a Ecopetrol como a la Fiduciaria, así como al Consorcio CCIM, que apuntaban en ese mismo sentido, y que tenían como finalidad última vincular a las dos partes a la búsqueda efectiva de la meta mencionada, es decir, la garantía a la ciudadanía de que el GLP se distribuiría en cilindros que cumplieran las especificaciones técnicas apropiadas.

2.1. El marco legal y regulatorio.

En la estructura de precios de GLP fijada por la CREG se definió la figura del margen de seguridad, cuyo propósito era generar los recursos necesarios para asegurar la financiación de un sistema de reposición y reparación de cilindros para la adecuada y segura distribución de GLP. En desarrollo de lo anterior, la Resolución 074 de 1996 de la CREG, tal como fuera modificada por las resoluciones 96 de 1996 y 146 de 1997, reguló el servicio público domiciliario de gases licuados del petróleo, y dispuso, entre muchas otras cosas, tres de fundamental importancia para el caso que nos ocupa.

En primer lugar, en su artículo 19 determinó que los distribuidores de GLP eran responsables ante los usuarios finales por las especificaciones técnicas y de seguridad de los cilindros entregados, y en su artículo 28 les prohibió prestar el servicio en cilindros que no cumplieran con las normas técnicas de fabricación vigentes. En consecuencia, les ordenó “retirarlos del servicio y entregarlos para su destrucción al taller que para el efecto designe la entidad fiduciaria”.

En segundo lugar, en su artículo 29 dispuso que los recursos del margen de seguridad serían administrados por el Ministerio de Minas y Energía a través de un contrato de fiducia, cuya función principal sería la de usar tales recursos para contratar los talleres que irían a efectuar la reposición o reparación de los cilindros de GLP. Dicha función fue, precisamente, la que el ministerio delegó en Ecopetrol a través de las resoluciones 8 2637 y 8 0091 de 1997, tal como se explicó en el acápite correspondiente al régimen legal de los contratos, delegación en la cual dicha entidad dispuso que **“la dirección y coordinación general de la ejecución del contrato de fiducia estaría a cargo de un comité directivo de la fiducia**, conformado por dos representantes del Ministerio de Minas y Energía y uno de Ecopetrol”. Adicionalmente, la primera de dichas resoluciones estableció que el comité directivo debía ejercer “la dirección, el control y **la vigilancia sobre la actuación de la sociedad fiduciaria**, de acuerdo con las normas sobre la materia” (en ambos casos, negrillas fuera de texto).

En desarrollo de lo anterior, en las normas mencionadas se le asignaron al comité varias funciones específicas, dentro de las cuales vale la pena destacar las enunciadas en los numerales b), i) y I) del artículo 3º de la Resolución 8-2637 de 1997 del Ministerio de Minas y Energía:

“b) Velar por el cumplimiento de las políticas de mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios establecidas por las autoridades competentes.

i) Verificar el desarrollo de un sistema de información que permita determinar cuando menos el estado y ubicación de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios cuyo mantenimiento, reparación y reposición deberá efectuarse, en los términos establecidos en el artículo 39 de la Resolución CREG 074 de 1996...”.

I) En general, ejercer todas las actividades de dirección del contrato de fiducia, de su control y vigilancia”.

En tercer y último lugar, en el artículo 38 de la Resolución 074 se estableció que la fiducia a que se refería el artículo 29 antes mencionado estaba obligada a reponer los cilindros que en razón de su deterioro no fuesen susceptibles de seguir siendo utilizados por los distribuidores para el consumo de GLP, obligación que, como antes se dijo, se tendría que ejecutar a través de los contratos que se iban a suscribir con quienes iban a operar los talleres. Para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, el parágrafo del artículo 38 dispuso que:

“La fiducia, el Ministerio de Minas y Energía y la Superintendencia de Servicios Públicos, **podrán practicar visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros y ordenar su mantenimiento, reparación y**

reposición” (negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 39 de la mencionada resolución reguló la manera como debería efectuarse la programación de las labores de reparación o reposición de cilindros, y en su párrafo estableció, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 19 y 28 antes mencionados, que los distribuidores no podrían circular cilindros que ofrecieran riesgos para la seguridad de los usuarios cuando su mantenimiento, reparación y reposición no quedara incluida dentro de la programación de la fiduciaria.

Así las cosas, para el tribunal es claro que de la Resolución 074 de 1996 de la CREG se desprende que el deseo del regulador era crear un sistema coordinado en desarrollo del cual la fiduciaria, el Ministerio de Minas y Energía y la Superintendencia de Servicios Públicos pudieran vigilar y controlar, cada uno desde la perspectiva de sus propias atribuciones, la debida ejecución de la política gubernamental sobre la materia, para que los distribuidores entregaran los cilindros para su reparación o reposición, y que los talleres procedieran a repararlos o reponerlos, según fuere el caso. Dicho sistema establecía, como se dijo, un esquema de atribuciones u obligaciones a cargo de la fiduciaria y el Ministerio de Minas, con el apoyo de la Superintendencia de Servicios Públicos, complementado con prohibiciones expresas a los distribuidores, que tenían como propósito permitir que los primeros pudieran controlar a los últimos, verificando el estado de sus cilindros y ordenando su mantenimiento, reparación o reposición.

Naturalmente, en la medida en que la Resolución 074 de 1996 no podía crear nuevas funciones a entidades o empresas cuyas competencias y atribuciones estaban —y están— determinadas en la ley, las obligaciones consagradas en dicha resolución para cada una de las personas mencionadas **tenían que entenderse dentro de la órbita de sus propias competencias legales y contractuales**. Es decir, la fiduciaria podía contratar talleres, desarrollar sistemas, hacer investigaciones y/o averiguaciones sobre la materia a su cargo, e inclusive practicar visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros con que ellos estaban distribuyendo GLP; el Ministerio de Minas y Energía podía, dentro del marco de lo que lo faculta la Ley 142 de 1994, señalar los requisitos técnicos que debían cumplir los cilindros y tener los talleres⁽⁹⁹⁾, y la Superintendencia de Servicios Públicos podía ejercer las funciones generales que le asigna el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 en materia de control, inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por supuesto, también tenían como elemento para cumplir con este deber contractual las herramientas de policía administrativa que caben en la actividad regulada y controlada de prestación del servicio público de distribución de GLP.

Finalmente, el denominado comité directivo de la Fiducia, entidad *ad hoc* creada en la Resolución 8 2637 del Ministerio de Minas y Energía, tenía la función de dirigir la actuación de la Fiduciaria, y particularmente la de velar porque en la ejecución del contrato de fiducia se cumplieran las políticas de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros, y se desarrollara un sistema de información que permitiera determinar cuando menos el estado y ubicación de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, partes y accesorios cuya reparación debía efectuarse en los términos establecidos en la Resolución 074 de 1996 de la CREG.

Lo cual implicaba, a juicio del tribunal, que dicho comité tenía la función de orientar la actividad de la Fiduciaria, velar porque esta cumpliera con las funciones consagradas en el párrafo del artículo 38 de la Resolución 074 y, además, colaborar activamente en cualquier gestión relacionada con la ejecución del contrato que tuviera que hacerse ante las autoridades, en particular ante el Ministerio de Minas y Energía, Ecopetrol y la Superintendencia de Servicios Públicos.

2.2. Los contratos.

Ahora bien, en desarrollo de lo dispuesto en la Resolución 074 de la CREG, los contratos celebrados entre Ecopetrol y la Fiduciaria, por una parte, y la Fiduciaria y el Consorcio CCIM, por la otra, recogieron íntegramente el esquema antes descrito.

El contrato suscrito entre Ecopetrol y la Fiduciaria Popular incluyó cláusulas que imponían a esta última obligaciones tendientes a lograr los objetivos de las autoridades en materia de reparación y reposición de cilindros. En efecto, en sus cláusulas primera, séptima y octava, entre otras, las partes convinieron varios temas de singular importancia: la cláusula primera, contentiva del objeto del contrato, es expresa en cuanto a que en él se han de

entender como incluidas todas “las actividades necesarias para la ejecución del objeto contractual”; la cláusula séptima dispone que será obligación de la Fiduciaria desarrollar e implementar un sistema para determinar cuando menos el estado y ubicación de los cilindros que deban ser reparados o repuestos, y la cláusula octava establece que será obligación de la fiduciaria diseñar e implementar procedimientos y mecanismos razonables para evitar que circulen en el morado cilindros que no cumplan con las especificaciones de seguridad, **así como practicar, en desarrollo de sus funciones de interventoría técnica, visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros y establecer cuáles requieren mantenimiento, reparación o reposición.**

Dentro de la misma línea anterior, y en desarrollo de lo ordenado en la Resolución 8 2637 del Ministerio de Minas y Energía, en la cláusula séptima del contrato celebrado entre Ecopetrol y la Fiduciaria las partes pactaron que habría un comité directivo de la fiducia, integrado por dos representantes del Ministerio de Minas y Energía y uno de Ecopetrol, al que correspondería velar por el cumplimiento de las políticas de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros establecidas por las autoridades competentes, así como ejercer la dirección, el control y la vigilancia de la actuación de la fiduciaria.

Por su parte, si bien en los contratos celebrados entre la fiduciaria y el Consocio CCIM no existe una estipulación específica que tenga un contenido igual al de las cláusulas antes mencionadas, las partes sí dejaron plasmado en las cláusulas vigésima sextas, denominadas legislación aplicable, que los ocho convenios celebrados entre ellas estarían regidos por la legislación colombiana y por “... Las resoluciones pertinentes de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, CREG, en particular las resoluciones CREG 74 de 1996 y 48 de 2000 y por la Resolución Minminas 8-0009 de 2001 y por aquellas resoluciones que las modifiquen, sustituyan o adicionen”. Estas estipulaciones no fueron más que desarrollo de lo establecido en el numeral 1.1 de los términos de referencia, en los cuales la fiduciaria fue clara en sostener que las resoluciones 074 de 1996 y 048 de 2000 formaban parte también de los mencionados términos.

De donde se ha de colegir, a juicio del tribunal, que las distintas disposiciones de la Resolución CREG 074 que se mencionaron anteriormente quedaron incorporadas a los contratos y eran aplicables también en lo pertinente a la relación CCIM-Fiduciaria, de manera tal que esta última tenía la obligación de ejercer las responsabilidades y atribuciones que le daban los artículos 38 y 39 de dicha norma, y el Ministerio de Minas y Energía y la Superintendencia de Servicios Públicos tenían las obligaciones establecidas en ella.

2.3. Las obligaciones de la Fiduciaria y de Ecopetrol.

Se desprende de lo dicho en los acápites anteriores que Ecopetrol y la Fiduciaria tenían una serie de responsabilidades y/o atribuciones, tanto entre sí como ante CCIM, cuyo propósito era asegurar la efectividad de la política gubernamental en materia de reparación y reposición de cilindros, y particularmente el cumplimiento de lo ordenado en la Resolución CREG 074, responsabilidades y atribuciones que cada cual tenía que ejercer dentro de la órbita de sus competencias y sus posibilidades.

Ecopetrol, en su condición de delegatario del Ministerio de Minas y Energía para la celebración del contrato de fiducia, así como de miembro activo del comité directivo de la fiducia, **tenía la obligación de participar en la dirección, control y vigilancia de las actividades de la fiduciaria, de velar por el debido cumplimiento de las políticas en materia de reparación o reposición de cilindros, y de verificar la implementación de un sistema de información sobre el estado y ubicación de los cilindros que debían ser reparados o repuestos.**

Dentro de tales atribuciones, tenía que velar porque la fiducia ejerciera la función derivada del artículo 38 de la Resolución 074 y la cláusula octava del contrato de encargo fiduciario, esto es, la de realizar visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros y, según los resultados, **informar a quien correspondiera pira efectos de que este procediera a “ordenar su mantenimiento, reparación y reposición”.**

En tales condiciones, para el tribunal es claro que la orientación y dirección de las actividades de la fiducia corrían a cargo del mencionado comité, en el cual tanto Ecopetrol como el Ministerio de Minas y Energía tenían un papel preponderante que obligaba a ambos a realizar sus mejores esfuerzos para asegurar el éxito de la política gubernamental en materia de reparación y reposición de cilindros contenida en las disposiciones aplicables, así como a velar porque la Fiduciaria cumpliera adecuadamente con todas sus obligaciones y funciones sobre la

materia.

Por su parte, la Fiduciaria, además de cumplir con el objeto contractual pactado con Ecopetrol, así como con todas las obligaciones convenidas con el Consorcio CCIM, debía, como parte de estas, desarrollar mecanismos que permitieran determinar el estado y ubicación de los cilindros que debían ser reparados o repuestos, que garantizaran que los distribuidores no pudieran prestar servicios con cilindros inapropiados, y que aseguraran que los cilindros que no cumplieran con las normas técnicas serían retirados del servicio. Para tal efecto, ella tenía que realizar las actividades que a su juicio fueran necesarias para el cumplimiento del objetivo propuesto, dentro de las cuales estaba la de practicar visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros y, como lo dice el parágrafo del artículo 38 de la Resolución 074 de 199(sic), **“ordenar su mantenimiento, reparación y reposición”**.

Ahora bien, el tribunal entiende que la Fiduciaria no estaba obligada a hacer más que aquello para lo cual estaba facultada, o para lo cual disponía de instrumentos jurídicos.

En ese sentido, es indudable que ella podía desarrollar sistemas y practicar visitas, pero no podía, pues no tenía la atribución legal para ello, dar órdenes de ningún tipo a los distribuidores ni impedir que ellos continuaran prestando el servicio de distribución de GLP en cilindros que no cumplieran con las especificaciones técnicas.

En opinión del tribunal, su obligación en tales casos era la de entrar en contacto con quien fuese la autoridad competente, ya se tratase del Ministerio de Minas y Energía —que además formaba parte del comité directivo de la fiducia— o de la Superintendencia de Servicios Públicos, para que dichas autoridades tomaran las decisiones o adelantaran las acciones necesarias para impedir la prestación del servicio de distribución de GLP en cilindros inapropiados, tal como lo ordenaba el artículo 28 de la resolución 074, y para que ordenaran la reparación o reposición de los mismos.

Las obligaciones de la fiduciaria no derivaban exclusivamente del texto de las normas o cláusulas antes mencionados. Ella, como cualquier entidad fiduciaria que celebra un contrato de encargo fiduciario, estaba obligada a actuar con **extrema diligencia para asegurar el cumplimiento del objetivo de su encargo, con toda la dedicación y destreza de un profesional que ha de emplear con eficiencia la totalidad de los recursos a su alcance**.

Y si bien es cierto que no era totalmente autónoma, pues dependía de un comité directivo que tenía como función orientar el desarrollo del contrato de encargo fiduciario, a ella correspondía, como entidad ejecutora del mismo, entender, analizar y evaluar todo lo atinente a la situación de la ejecución contractual, y tener la iniciativa para realizar o proponer la realización de las acciones previstas en la Resolución 074 de 1996 y en el contrato de encargo fiduciario.

Así las cosas, para el tribunal es claro que aún si las eventuales consecuencias derivadas de la no disponibilidad de cilindros para reparar y reponer fueron asumidas por el Consorcio **CCIM, Ecopetrol y la Fiduciaria no podían ser pasivos frente a la materia, pues tenían obligaciones de origen legal y convencional específicas que las forzaban a hacer todo aquello que estaba dentro de la órbita de sus posibilidades y/o funciones para asegurar que los distribuidores entregaran cilindros para su reparación y reposición. En consecuencia, era su obligación tratar de controlar y/o minimizar el riesgo asumido por su contratista**.

Además de lo establecido en los respectivos contratos, tanto Ecopetrol como la Fiduciaria estaban obligadas ante el Consorcio CCIM a hacer lo que pudieran para reducir el riesgo asumido por este último, pues así se lo ordenaban los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

En efecto, a juicio del tribunal son aplicables aquí los principios expuestos en capítulo anterior, en el que se analizó el tema del equilibrio económico del contrato, particularmente aquellos que se refieren a la obligación de las partes de un contrato regido por el hecho privado de actuar de buena fe, de ayudarse mutuamente para el cumplimiento del objeto contractual, y de cumplir con todo cuanto corresponda a los elementos esenciales, naturales, accidentales y de equidad del respectivo convenio.

Dentro de la misma línea, el principio de cooperación aplicable en los contratos en general, como se (fijo, es

también una carga propia de los convenios suscritos dentro del marco de la autonomía privada, e implica el adelantamiento por todas las partes de los actos necesarios a la plenitud de la función del negocio; y su omisión entraña la imposibilidad de imputar a las restantes partes las consecuencias nocivas de la situación o los efectos de la frustración de la relación jurídica.

Por consiguiente, teniendo en cuenta lo dicho en los acápites precedentes, el tribunal es de la opinión que Ecopetrol, en su condición de delegatario del Ministerio de Minas y Energía y de miembro integrante del comité directivo de la fiducia, y la fiduciaria, en su condición de parte de los contratos celebrados con el Consorcio CCIM, aún si actuaba en nombre y representación de Ecopetrol estaban obligados a cumplir con sus obligaciones de origen regulatorio y convencional, y por ende ambos debían realizar sus mejores esfuerzos y utilizar los instrumentos de que cada cual disponía, tal como aquí se han descrito, para tratar que los distribuidores entregaran a los talleres todos los cilindros que requirieran reparación o reposición, así como para evitar que estos continuaran prestando el servicio de distribución de GLP con cilindros que no cumplieran con las especificaciones requeridas. Si así lo hicieron, cumplieron a cabalidad con sus obligaciones frente al consorcio, si no, incumplieron algunas de ellas, contribuyendo a la ocurrencia del riesgo o a su agravación.

2.4. El desarrollo de los contratos celebrados entre la Fiduciaria y el Consorcio CCIM.

2.4.1. Las dificultades del contratista.

A lo largo del proceso quedaron bien documentadas las dificultades que tuvieron que enfrentar las partes durante la ejecución del contrato, que en últimas llevaron a la terminación del mismo.

Dichas dificultades quedaron muy bien descritas por el perito del corral en la respuesta a la pregunta 26 del dictamen (pág. 98), en la cual el auxiliar de la justicia explicó con detalle lo sucedido, explicación que por su importancia vale la pena transcribir completamente:

“Como causal primigenia de todo y gestada de larga data anteriormente la (sic) relación contractual CCIM-Fiduciaria Popular, está el deterioro paulatino y masivo del parque nacional de cilindros, que durante un par de décadas o más se manejó bajo otro esquema y con controles reconocidamente insuficientes, lo cual generó la iniciativa gubernamental de cambiar de esquema para un mejor aseguramiento y control de los cilindros de GLP.

Como causa primaria externa a la relación contractual, está el muy reportado rechazo de los usuarios a los nuevos tamaños de cilindros dictado por la Resolución CREG 048 de agosto de 2000, que en opinión del perito era de imperiosa necesidad dados los riesgos crecientes a la seguridad de los usuarios. Este rechazo fue debido a una diversidad de motivos supuestamente prácticos y de costos para los usuarios, y no fue detectado o evaluado por los interesados en estudios de mercado, si estos se hicieron, como de suficiente importancia con anterioridad a las ofertas.

El rechazo de los usuarios, de cuya dimensión real todavía se especula en 2005 (La CREG está cercana publicar (sic) un estudio que incluye este tema) se tradujo en dificultades de los distribuidores para introducir al mercado los nuevos tamaños, esto a la vez generando cuellos de botella en la logística y cantidades de recolección y reposición.

En una primera etapa, en números redondos durante el 2001, el cuello de botella no fue externo sino interno, pues quedó registrado en los documentos del proyecto que la capacidad real de reposición de cilindros de los talleres de CCIM no cumplió con lo proyectado en la oferta, bien entendido que una parte de esto, cualitativamente más bien pequeña, pudo deberse a factores en manos de otros.

Una vez que la capacidad real de reposición del consorcio sobrepasó la demanda, el problema de volúmenes fue agravado por factores como los anteriormente mencionados y tratados en las respuestas según le fue preguntado al perito. Uno de los factores externos que cualitativamente pudo haber contribuido a disminuir el volumen de cilindros para reposición y mantenimiento fue un incumplimiento reportado como más que proporcional de los distribuidores pertenecientes a un grupo competidor al grupo que constituyó el consorcio, presión esta reportada por ejemplo en el informe del comité directivo de la fiducia noviembre 1998 - mayo 2002 (nums. 6.2.8 y 6.2.9) como oposición para interrumpir o cancelar el proceso y polarización entre dos grupos.

Los bajos volúmenes de producción evidentemente terminaron por causar problemas de baja facturación, capital de trabajo e iliquidez del consorcio.

Agréguesele a lo anterior que no sardo el contratante, la Fiduciaria Popular, entidad de control, y no existiendo en la época requerimientos institucionales coercitivos para exigir el cumplimiento de metas de reposición de cilindros, tanto el Consorcio CCIM como la Fiduciaria, a pesar de campañas de información y concientización e insistencia de ambas partes ante los distribuidores, estaban en la práctica en manos de estos últimos”.

A su vez, al responder a la pregunta 10 (ii) del demandante (pág. 44), en la que este le solicitaba informar si las programaciones bimensuales notificadas al consorcio se habían cumplido por parte de los distribuidores y, en caso negativo, indicar las causas de dicha situación, el perito había respondido:

“Las causas que interesan a la pregunta son varias y parecen estar dirigidas al segundo período, una capacidad de oferta de CCIM mayor a la demanda. Procedemos a enumerarlas a continuación, al menos aquellas que han sido resaltadas como principales:

- Distribuidores no acostumbrados a planear.
- Distribuidores renuentes a entregar cilindros drenados y desvalvulados.
- Distribuidores no han estado de acuerdo con el cambio de tamaños de los cilindros alegando sobrecostos en transporte, disminución de capacidad de almacenamiento, y poca aceptación de los nuevos cilindros por los usuarios.
- Indicaciones de una reducción paulatina en el parque nacional de cilindros.
- Distribuidores opuestos a que se destruyan cilindros sin reposición.
- Inexistencia de herramientas o reglamentaciones que obliguen a los distribuidores a programar cilindros para reposición y reparación”.

Como consecuencia de todo lo anterior, tal como se desprende de la tabla 2 que obra en la página 6 del dictamen del perito Del Corral, los distribuidores programaron durante los dieciocho meses que duró la ejecución del contrato, apenas algo más del 42% del volumen de cilindros que según los estimativos de la CREG, podía llegar a programarse; de lo programado, a CCIM solo se le entregó un 56%, lo que a su vez equivalía a solamente un 25% de los estimativos de la CREG.

Ahora bien, de lo dicho por el señor perito, así como de la evidencia recogida a lo largo del proceso, toda la cual confluye en conclusiones similares a las expresadas por el doctor Del Corral, el tribunal concluye que las dificultades que afrontó el contratista y que llevaron finalmente a la terminación de los contratos tuvieron su origen en diversas causas, a saber:

En primer lugar, el entorno general del momento era un tanto confuso, en la medida en que un poco antes del inicio de la gestión contractual a cargo del contratista, la CREG había expedido la Resolución 048 de 2000, mediante la cual ella dispuso una modificación en la capacidad de los cilindros de GLP, determinando que estos deberían ser exclusivamente de 30 y 80 libras.

Esto implicó un cambio de fundamental importancia en el mercado, que no fue bien recibido ni por los usuarios ni por los distribuidores, pues modificó toda una tradición de muchos años de unos y otros, quienes estaban acostumbrados a usar cilindros de 20, 40 y 100 libras para la distribución y consumo domiciliario de GLP.

Todo indica, tal como lo advirtió el señor perito, que las consecuencias de dicho cambio no fueron suficientemente analizadas ni por el regulador al momento de expedir su regulación, ni por Ecopetrol o la Fiduciaria al momento de diseñar las reglas que habrían de regir los contratos, ni tampoco por el Consorcio CCIM al momento de contratar.

En ese sentido, no sobra recordar que este último, luego de expedida la Resolución 048 de 2000, dejó consignado en la cláusula décima primera de los contratos que conocía “...todo lo concerniente a los servicios a prestar, pues

ha estudiado todos los factores que pueden influir en ellos”; y a continuación declaró que se encontraba “en condiciones de cumplir todas las obligaciones del presente contrato” (negrilla fuera de texto).

En segundo lugar, para el tribunal es claro que muchos de los distribuidores de GLP no eran partidarios del esquema de reposición y reparación de cilindros implementado a través de las resoluciones CREG 074 de 1996 y 048 de 2000, no solo porque tenían que enfrentar el rechazo de algunos usuarios por el cambio en el volumen de los cilindros que entregaban, sino además por cuanto no querían quedarse sin cilindros y porque en algunos casos la reposición a que ellos aspiraban no procedía en razón del origen de sus cilindros.

Ello llevó a que de manera recurrente incumplieran con sus compromisos de programación. Amén del hecho de que, como lo anota el perito, los celos entre distribuidores y la competencia propia de su actividad hizo que no pocos de ellos trataran de impedir las actividades del consorcio.

A juicio del tribunal, las razones enunciadas llevaron a la situación que obligó a la terminación de los contratos, y ambas tuvieron comparable incidencia, y fueron la causa, como lo explica el perito, de los problemas “de baja facturación, capital de trabajo e iliquidez del consorcio”.

Prueba clara de la relevancia que para el éxito del proyecto tenía contar con la entrega de cilindros por parte de los distribuidores, es el hecho de que al poquísimos tiempo de terminados los contratos materia de esta litis, la CREG expidió la Resolución 071 de 2001, en la cual estableció metas concretas y obligatorias de reposición o reparación de cilindros a cargo de los distribuidores.

Ahora bien, para el tribunal es claro que todos los problemas mencionados tuvieron su origen también en causas externas a las partes.

Empero, el tribunal es de la opinión de que el hecho de que las causas mencionadas fuesen igualmente externas a las partes, no quiere decir que ellas no hubieran podido realizar gestiones, diseñar o implementar estrategias e invocar las normas disponibles, que eran precisas para enfrentarlas pues, como lo explicó anteriormente al analizar las responsabilidades de las partes, ellas estaban obligadas a utilizar los instrumentos jurídicos y no jurídicos, directos e indirectos de que disponían, y a realizar sus mejores esfuerzos para asegurar el éxito del proyecto (obligación de medio).

En particular, en lo atinente a la falta de disponibilidad de cilindros para su reparación o reposición, el tribunal considera, por una parte, que aún si las consecuencias de dicha situación fueron asumidas por el Consorcio CCIM, Ecopetrol y la Fiduciaria no podían ser pasivos frente a la materia, pues tenían obligaciones de origen legal y convencional específicas que las forzaban a hacer todo aquello que estaba dentro de la órbita de sus posibilidades y/o funciones para asegurar que los distribuidores entregaran cilindros para su reparación y reposición, y por otra, que era también responsabilidad del consorcio llamar la atención de Ecopetrol y la Fiduciaria sobre lo que estaba ocurriendo, y exigir su ayuda para efectos de solucionarlo.

Sobre este tema, es decir, sobre las posibilidades que tenían Ecopetrol y/o la Fiduciaria de lograr que los distribuidores cumplieran con las programaciones entregadas, fue interrogado el señor perito, quien sostuvo al responder a la pregunta 2 del demandante (pág. 14 del dictamen):

“1. Ecopetrol era en la época (y es) una Empresa Industrial y Comercial del Estado, que extrae, procesa y comercializa hidrocarburos **mas no es autoridad**, como si lo son en asuntos que tocan al GLP la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la CREG, y el Ministerio de Minas y Energía.

“2. En actas del comité fiduciario del fideicomiso GLP-Ecopetrol, aparece una reiteración de comunicaciones de la Fiduciaria Popular a lo largo de la ejecución de los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8 solicitando y recordando a los distribuidores sobre entregas de cilindros para su mantenimiento y/o reposición teniendo en consideración el mandato de la Resolución CREG 048 de 2000. Comunicaciones de este tenor hacen parte de los cuadernos de prueba del arbitramento.

Para concluir, si la implicación de “tomar medidas concretas” hecha e(sic) la pregunta del apoderado de CCIM se refiere a medidas coercitivas o exigibles a los distribuidores, el concepto técnico del perito es que Ecopetrol no las

hubiera podido tomar, siendo Empresa Industrial y Comercial del Estado y no autoridad, y de Igual manera no podría haber hecho delegación en el fideicomiso de una autoridad que no detentaba”.

Más adelante, al responder a la preguntas 12 (i) del demandante, el Sr. perito explicó que la documentación disponible en el proceso indicaba, a su juicio, que la fiduciaria:

“Interactuó regularmente con los distribuidores con entre otras actividades, reiteradas solicitudes de entrega de cilindros para la programación bimensual. La mecánica utilizada incluyó reuniones y seminarios con asociaciones de distribuidores y antiguos fondos de mantenimiento así como viajes a varias reuniones.

También está registrado que llevó a cabo una campaña radial de capacitación entre los meses de octubre de 2001 y enero de 2002; dicha campaña se financió con fondos del margen de seguridad (...) Sobre esta campaña es necesario anotar que por razones de los requerimientos administrativos oficiales exigidos a la Fiduciaria, el proceso de solicitud de ofertas, evaluación y adjudicación se demoró tres meses o más entre su iniciación y la contratación.

En cuanto a Ecopetrol, lo que el perito conoce es que el propósito de un encargo fiduciario es precisamente manejar todo lo relacionado con dicho encargo...”.

Dentro de la misma línea, al contestar a la pregunta 12 (ii) reiteró lo que antes había dicho:

“Ni la fiduciaria ni Ecopetrol son entes de regulación y/o control por lo cual no tuvieron ningún poder coercitivo para obligar a los distribuidores a entregar los cilindros para su mantenimiento o reposición ni a cumplir con las programaciones bimensuales que se le notificaban al consorcio. Como se mencionó en la respuesta a la pregunta 2.

No obstante, es de anotar que tanto el Consorcio CCIM y otros, por ejemplo Agremgas, dirigieron a lo largo de la relación contractual repetidas comunicaciones a la fiduciaria con solicitudes de los distribuidores y del público en general referentes a una falta de divulgación del cambio del tamaño de los cilindros. Estas comunicaciones hacen parte de los cuadernos de prueba”.

Todo lo anterior indica que, a juicio del perito, nada podía hacer Ecopetrol para forzar a los distribuidores a cumplir con las entregas programadas de cilindros; y que en su opinión lo poco que podía hacer la fiduciaria lo hizo, a través de frecuentes comunicaciones a los distribuidores y de reuniones con ellos, así como mediante una campaña radial de capacitación para usuarios, con el objeto que entendieran y aceptaran las bondades del cambio de capacidad de los cilindros, campaña que tomó bastante en contratarse y que solo duró tres meses.

El tribunal respeta, pero no comparte la posición del Sr. perito en este punto, por las razones que se expondrán en el siguiente capítulo.

2.4.2. La ejecución de las partes.

De la documentación recabada a lo largo del proceso se desprende que las partes reaccionaron de diferente manera frente a los problemas que se presentaron con la falta de entrega de cilindros por parte de los distribuidores.

En efecto, obran en los cuadernos de pruebas no menos de veinticinco comunicaciones dirigidas por CCIM a la Fiduciaria, al comité directivo de la fiducia o a algunas autoridades, particularmente la CREG, enviadas entre julio de 2001 y octubre de 2002, en las que el consorcio les puso de presente las dificultades que estaba enfrentando y la reticencia constante de los distribuidores a entregar cilindros para su reparación o reposición⁽¹⁰⁰⁾.

En la gran mayoría de dichas comunicaciones CCIM llamó la atención sobre la situación que estaba viviendo, solicitó de manera general que se adoptaran correctivos y con insistencia planteó fórmulas financieras y jurídicas para solucionar sus dificultades; sin embargo, solo en algunas pocas ocasiones, particularmente en los oficios CCIM 0810-02 de abril 17 de 2002 pidió a la CREG que tomara cartas en el asunto, aunque sin precisar cómo habría de hacerlo, y en otra (oficios CCIM 0947-01 de agosto 28 de 2001) manifestó a la fiduciaria y al comité directivo que las únicas entidades con capacidad para forzar a los distribuidores a entregar cilindros para su reparación y reposición eran la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o el Ministerio de Minas y

Energía.

Empero, el tribunal observa que si bien el Consorcio CCIM fue insistente en explicar sus problemas operativos y económicos, y en pedir que se adoptaran correctivos de tipo financiero a sus dificultades, no fue igualmente diligente en usar o en llamar la atención del comité o de la fiduciaria sobre los instrumentos que podían usarse para tratar de obviar la situación, ni en iniciar acciones ante la Superintendencia de Servicios Públicos, que era la única entidad que tenía real autoridad para forzar a los distribuidores a cumplir con sus obligaciones.

El tribunal es de la opinión que el consorcio, además de convocar el apoyo del comité, de Ecopetrol o de la fiduciaria en los términos antes mencionados, tenía instrumentos para gestionar una acción efectiva de las autoridades para que se corrigiera la falta de cumplimiento por parte de los distribuidores y para llamar la atención sobre el hecho de que estos podían estar prestando servicios con cilindros inapropiados, actitud que, además, habría sido la consecuente con lo que declaró el representante legal del consorcio, quien afirmó en su declaración que ellos habían asumido el riesgo de los distribuidores porque **“... había una serie de entidades estatales detrás del proyecto que iban a cooperar para que eso se dé”**.

Por consiguiente, si ese era su criterio, es difícil entender por qué razones no fue más activo en sus gestiones ante esas entidades estatales que, según él, estaban interesadas en que el proyecto funcionara.

A juicio del tribunal el consorcio fue pasivo en este punto, y no se opuso a la reiterada posición de la fiduciaria en el sentido de que no existía instrumento jurídico alguno para obligar a los distribuidores a cumplir, ni actuó diligentemente ante las autoridades para que estas intervinieran en el asunto, pasividad que no se explica ante el interés que él tenía que tener frente a la ejecución de los contratos y frente a la claridad de las obligaciones a cargo del Ministerio de Minas y Energía y de la Fiduciaria derivadas de la Resolución 074 de 1996 y de los contratos suscritos, así como de aquellas derivadas de la ley de servicios públicos a cargo de la mencionada superintendencia.

En opinión del tribunal, esa pasividad fue perjudicial y contribuyó a que continuara presentándose la falta de disponibilidad de cilindros.

Obran también en el expediente las respuestas de la fiduciaria a los requerimientos del Consorcio CCIM, así como los informes presentados por dicha entidad a Ecopetrol y al comité directivo de la fiducia y otra correspondencia, respuestas e informes que indican al tribunal que la fiduciaria generalmente consideró que el problema de la falta de disponibilidad de cilindros era del contratista, y que su gestión frente a dicha situación se había agotado con las comunicaciones y/o circulares remitidas a los distribuidores, con la implementación de una campaña informativa, con la presentación de informes al comité o de copias de ellos a ciertas autoridades, y con algunas reuniones que celebró con estas últimas⁽¹⁰¹⁾.

En ese sentido, el tribunal desea llamar la atención sobre algunas comunicaciones de la fiduciaria al contratista. Así, por ejemplo, en oficio 808924 de 17 de agosto de 2001, mediante el cual ella respondió simultáneamente a 11 comunicaciones del consorcio, la fiduciaria dijo, refiriéndose al tema que ella tituló como “reacción de los distribuidores”:

“2.3. Reacción de los distribuidores: **este tema es extracontractual**. En varias oportunidades se les repitió que los distribuidores eran sus clientes y que por lo tanto el consorcio debería lograr los acercamientos y coordinación requerida para la recolección de los cilindros a los distribuidores asignados a cada una de las zonas...” (negrilla fuera de texto).

Dentro de la misma línea, en oficio 810665 de 18 de septiembre de 2001 respondió la fiduciaria al consorcio:

“Con respecto al tema de la resistencia de los distribuidores nos permitimos referirlo a lo expresado en el numeral 2.3 de nuestra comunicación 808924 de agosto 17/01.

(...).

Para responder a este punto, reiteramos que la fiduciaria ha enviado varias comunicaciones a los distribuidores,

presentando al consorcio como ente encargado de realizar la reparación y reposición de los cilindros (...) **De otra parte, la fiduciaria no puede abrogarse ninguna facultad para sancionar distribuidores que se nieguen a entregar cilindros y/o no cumplan con las cantidades que estos han relacionado en sus solicitudes.**

Finalmente se registra que en los casos en que el consorcio presentó soportes de este hecho, se efectuó la respectiva disminución de la programación. Tal es el caso del distribuidor Prontogas.

Por lo demás, las obligaciones de los distribuidores están fijadas en las resoluciones de la CREG 074/96 y 048/00, y del Ministerio de Minas y Energía 8-0505197, como ustedes bien conocen desde los términos de referencia” (negrilla fuera de texto).

En el numeral 5° del informe de 18 de junio de 2002 entregado por la Fiduciaria a los miembros del comité directivo de la fiducia, referente a sus actividades con corte a mayo de 2002, producido más de un año después de iniciada la ejecución de los contratos, y cuando ya se conocían muy bien los problemas con los distribuidores, la fiduciaria dijo en apartes que por su importancia el tribunal desea transcribir completamente:

“5. Practicar en sus funciones de interventoría técnica, visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros.

La fiduciaria informó al comité directivo de la fiducia, al inicio de las operaciones contractuales, tanto en el estado de las obligaciones como en los informes de gestión, que la obligación de este numeral estaba diseñada por Ecopetrol para que fuera desarrollada por la interventoría técnica que se contratara, tal como estaba definido en los términos de referencia y las adendas con las respuestas a las preguntas específicas en las reuniones informativas que formaron parte de la base del contrato de encargo fiduciario.

Igualmente el alcance y funciones de la interventoría técnica fue revisado en numerosas ocasiones por el comité directivo de la fiducia, durante la preparación de los términos de referencia, quedando finalmente definido, por consulta directa a la CREG, de que sería de tipo técnico solamente. Con esta base se realizó la convocatoria y la organización y las funciones de la interventoría técnica, son las que están contratadas en la actualidad.

El 23 de abril de 2001, el comité consideró que la fiduciaria debía enviar a Ecopetrol un proyecto de otrosí para modificar esta obligación y la 14 por la imposibilidad de aplicar legalmente visitas de interventoría a terceros como se registra en el acta 52. Este otrosí fue preparado y enviado a Ecopetrol por la fiduciaria.

En la reunión 53 del comité directivo de la fiducia efectuada el 26 de junio de 2001, como consta en el acta respectiva. El comité considera que esta obligación le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y por lo tanto la fiduciaria debe enviar una comunicación sobre este punto. Esta comunicación fue enviada por la fiduciaria, sin embargo no se han recibido informaciones sobre la acciones realizadas”.

Dentro de similar línea, en el tantas veces mencionado informe de actividades noviembre de 1998 a mayo de 2002 del comité directivo de la fiducia, en el cual se detalla la totalidad de las acciones realizadas por la fiduciaria en relación con los contratos con el consorcio CCIM, se relacionan las siguientes actividades adelantadas por la fiduciaria en lo atinente a sus gestiones ante entidades estatales:

“Sep. 01- **A solicitud de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, se realiza una reunión, para informarles sobre las actividades de la fiducia y el desempeño de los talleres contratados.

Oct. 2001- La Fiduciaria, por intermedio de la interventoría técnica reporta a la DIAN el ingreso de cilindros venezolanos usados (...) y se acuerda que la DIAN, a través de la división de investigaciones especiales, adelante una evaluación sobre la legalidad de estos cilindros.

Dic. 01- **Por solicitud de funcionarios de la CREG** se efectuó una reunión en sus oficinas, en la cual se explicaron todos los detalles concernientes a la operación de los talleres, (...).

Mar. 02- A solicitud del comité directivo de la fiducia se envió una comunicación a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios informándole de la baja solicitud de servicios de los distribuidores y solicitándole acción al respecto.

Mar. 02- Se envió a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, comunicación sobre las acciones a tomar en relación con la oposición al cambio de cilindros por parte de los distribuidores”.

Finalmente, el testimonio de la doctora Luz Eugenia Sarmiento Acevedo arroja luces importantes sobre la manera como la Fiduciaria entendía sus obligaciones legales y contractuales. En efecto, en respuesta al apoderado de la demandada, en la que este le inquirió sobre el alcance de los riesgos asumidos, ella manifestó:

“... ellos [el contratista] conocían ampliamente la regulación, que nosotros no teníamos ingerencia, Ecopetrol y la fiduciaria no tenía ninguna ingerencia sobre nada distinto a lo que sabíamos hacer, o sea, nosotros ni podíamos ni obligar a los distribuidores que programaran, ni podíamos decirle a la CREG que tenía que regular, nada, entonces toda esa normatividad vigente debía ser analizada por ellos y era ampliamente conocido, por eso yo creo que nosotros hicimos lo correcto en el sentido de que cada quien ocupó su papel, nosotros ocupamos el papel con Ecopetrol que nos correspondía, la CREG ocupó su papel que le correspondía en su regulación, y efectivamente quien lo vigilaba y quien le hacía los castigos, si podemos llamarlo así, en su momento la superintendencia que era la encargada, o sea, que estábamos perfectamente los cuatro actores funcionando como era correcto”.

Más adelante, en otra pregunta sobre el mismo tema, dijo:

“... los riesgos estaban absolutamente determinados y nosotros no teníamos ningún riesgo con Ecopetrol distinto, y repito doctor, al que podíamos atribuir que era pagar lo que nosotros mismos estábamos diciendo a ellos que debían ejecutar, basados en una programación que mandaban los distribuidores, que ni estaban controlados por nosotros, ni estaban regulados por nosotros, **y la ingerencia de nosotros era ninguna, nosotros simplemente la única relación que teníamos en el programa era con la persona que se ganó la licitación después de que fue adjudicada, pero de resto nosotros con nadie, nosotros hacíamos una labor administrativa,** y eso también es importante anotarlo, hacíamos una labor administrativa en el sentido de que nosotros nos habían adjudicado, nos habían estipulado en el contrato que éramos los interlocutores para recoger las programaciones, nosotros recogíamos las programaciones que a bien tenían que hacer los distribuidores cada dos meses...” (negrilla fuera de texto).

Posteriormente, ante pregunta del apoderado de la demandada sobre si ellos manejaban a los distribuidores, dijo:

“No, eso no es cierto, y no es cierto por muchas cosas, primero porque yo no soy competente para hacer eso, yo creo que las fiduciarias no somos competentes ni para regular, ni para manejar nada distinto a lo que sabemos hacer...” (negrilla fuera de texto).

Finalmente, en cuanto a sus gestiones frente a los distribuidores, la Dra. Sarmiento, afirmó:

“Nosotros hicimos cuantas comunicaciones puedan ustedes imaginarse a los distribuidores, invitándolos a participar, **hicimos visitas de interventoría y de auditoría en la Fiduciaria que no correspondían contractualmente, porque tampoco estábamos contratados para eso,** los ingenieros nuestros sellen a los lugares, iban a los talleres...” (Negrilla fuera de texto).

De la evidencia que obra en el expediente y en particular de las pruebas mencionadas anteriormente, el tribunal concluye que la fiduciaria y el comité directivo de la fiducia **no actuaron con la diligencia que era de esperarse de quienes tenían una serie de obligaciones de índole legal y convencional en lo atinente a la disponibilidad de cilindros, ni con la lealtad y sentido de cooperación de quien tiene un deber de colaboración frente a su contratista,** sin que pueda argumentarse que por la asunción de este riesgo por el Consorcio CCIM, a su contratante no le son exigibles las obligaciones para evitar su ocurrencia o mitigar sus efectos.

En ese sentido, a juicio del tribunal, una y otro incumplieron con las responsabilidades que se derivaba de las resoluciones 074 de 1996 de la CREG y 8 2637 de 1997 del Ministerio de Minas y Energía, tal como ellas quedaron recogidas en el contrato de encargo fiduciario suscrito entre Ecopetrol y la Fiduciaria y en los convenios firmados entre esta última y el Consorcio CCIM.

Pues es claro que la fiduciaria y el comité siempre entendieron —en forma por demás equivocada— que el problema de la falta de entrega de cilindros por parte de los distribuidores era para ellos, como lo dijo

expresamente no una sino dos veces la fiduciaria, un problema “extracontractual”, es decir, ajeno a las relaciones contractuales que tenían entre sí y con el Consorcio CCIM; y además que siempre creyeron, como lo afirmó la Dra. Sarmiento, que “la única relación que teníamos en el programa era con la persona que se ganó la licitación”, y con nadie más.

Entendieron también que ellos no podían obligar a los distribuidores a programar ni a la CREG a regular, que poco o nada podían hacer frente a este tema, por cuanto no tenían ninguna ingerencia en el tema ni disponían de facultad alguna para sancionar distribuidores, ni podían legalmente “aplicar... visitas de interventoría a terceros”, entre otras razones porque creyeron que no estaban obligadas contractualmente.

La fiduciaria supuso que no había asumido ningún riesgo diferente al de pagar por los servicios prestados, y seguramente entendió también que sus responsabilidades frente al tema quedaban cumplidas con la remisión de varios oficios y circulares a los distribuidores, así como con una reunión con la CREG, otra con la DIAN, y finalmente una o dos con la Superintendencia de Servicios Públicos, la primera de las cuales se realizó a petición de dicha entidad con el objeto de recibir un informe general sobre el estado de los contratos, y la segunda casi al final de la ejecución contractual, entendimiento que el tribunal encuentra errado por faltarle la comprensión sobre el cabal cumplimiento de los deberes del contrato.

De hecho, del informe de 18 de junio de 2002, producido más de un año después de que iniciara la ejecución de los contratos y casi seis meses antes de su terminación, llaman la atención dos hechos diferentes pero complementarios.

En primer lugar, es sorprendente que la fiduciaria esté hablando a esa altura de la ejecución contractual de que la atribución para realizar visitas a los distribuidores no era clara desde un principio y que ello dio lugar a la preparación de un otrosí que finalmente no se firmó, punto este en el cual existe una gran contradicción entre lo consagrado en el informe y lo dicho por la doctora Sarmiento, quien sostiene que sí se realizaron visitas, todo lo cual, a juicio del tribunal, indica que la fiduciaria era consciente de su obligación y de la importancia de este instrumento, pero no lo utilizó a cabalidad; en segundo lugar, es inquietante que si la fiduciaria y el comité consideraban que la capacidad de obligar a los distribuidores solo podía ser ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos, tal como supuestamente lo habían concluido desde junio de 2001, nada hubieran hecho ni la una ni el otro sobre el particular, y solo un año después, en junio de 2002, se estuvieran lamentando de que a esa fecha no hubieran recibido respuesta alguna de esa dependencia.

Ahora bien; tal como lo expresó el tribunal en el acápite anterior en el que se explicaron las obligaciones que a su juicio tenían Ecopetrol y la Fiduciaria, es claro que ni uno ni otra tenían atribuciones que fueran más allá de aquellas que por ley les correspondía, y por ello ninguno podía dar órdenes a los distribuidores, y no es ello lo que se echa de menos en este juzgamiento.

Uno y otra tenían la obligación de emplear todos los instrumentos a su alcance para gestionar, planear, analizar e implementar acciones directas y efectivas para corregir el reconocido problema de la falta de cumplimiento de los deberes legales de los distribuidores, todo lo cual echa de menos el tribunal. No se evidenció la conciencia ni el interés de emplear recursos y acciones que fueran eficaces para cumplir con los objetivos de la política gubernamental en materia de reposición y reparación de cilindros y con sus obligaciones contractuales (finalidad del contrato de encargo fiduciario y de los contratos con CCIM), y para colaborar con el consorcio a fin de minimizar en lo posible el riesgo de disponibilidad de cilindros, conforme a su deber contractual.

Tales deberes los obligaban a ser diligentes y proactivos, a concebir iniciativas y a presionar soluciones, y a insistir con tenacidad ante las autoridades que estaban en condiciones de implementarlas, labor que por cierto no tenía por qué razón serles imposible o difícil, en la medida en que, por una parte, el Ministerio de Minas y Energía formaba parte del comité directivo de la fiducia, y por la otra, la Superintendencia de Servicios Públicos había mostrado interés en el desarrollo de los contratos.

En ese sentido, para el tribunal es indudable que tanto la fiduciaria como Ecopetrol hubieran podido mandar cartas, solicitar investigaciones, poner quejas, hacer reuniones, en fin, gestionar ante el ministerio y la superintendencia para que ambos o solamente esta última, utilizaran los recursos jurídicos a su disposición para forzar la aplicación

de lo ordenado en el artículo 28 de la Resolución 074 y obligar a los distribuidores a abstenerse de continuar prestando el servicio en cilindros que no cumplieran con las especificaciones y a entregar a los talleres cilindros para su reparación y reposición. Empero, lo que sobre el particular hicieron, tal como se desprende del expediente, fue considerar que este problema era “extracontractual”, razón por la cual se limitaron a enviar una comunicación a la superintendencia, un año después a lamentarse de que no sabían de los resultados de su gestión, y solamente a los pocos meses de la terminación de los contratos tomar cartas en el asunto con cierta tímida insistencia.

A la luz de lo dicho en los párrafos anteriores, el tribunal es de la opinión que tanto el Consorcio CCIM con Ecopetrol y la Fiduciaria fallaron. El primero, por cuanto fue muy pasivo en su actitud ante sus contrapartes y no actuó con el interés que el cumplimiento del contrato ameritaba; los segundos, por cuanto incumplieron claras obligaciones legales y contractuales que habían asumido entre ellas y ante el Consorcio CCIM, que los obligaban a ser especialmente diligentes en las gestiones tendientes al debido y eficaz cumplimiento de los contratos. En ese sentido, el tribunal considera que la falta al deber de buena fe y cooperación negocial exigible a la Fiduciaria para evitar o mitigar las consecuencias del riesgo libremente asumido por el consorcio CCIM fue una de las causas más importantes de la frustración del contrato, por cuanto a ella, en su calidad de ejecutora, correspondía la iniciativa, y ella tenía, o podía tener, conocimientos sobre la existencia de instrumentos más expeditos al alcance suyo, de su fideicomitente, o del Ministerio de Minas para tal efecto.

3. Demora en la firma del acta de iniciación de los contratos.

En los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8 de 2001, se acordó suscribir el acta de iniciación “dentro de los quince (15) días calendario siguientes al recibo de la comunicación de la fiduciaria aprobando las garantías” con cuya firma “se entiende la iniciación de la prestación de los servicios y del plazo contractual” (cláusula trigésima sexta, requisitos para la iniciación, pars. 1º y 2º).

El Consorcio CCIM se obligó a constituir y entregar a la Fiduciaria Popular S.A. la garantía dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al 30 de marzo de 2001, fecha de la celebración de cada contrato (cláusula décima novena, garantías), oportunidad en la cual las constituyó remitiéndolas por comunicación de 6 de abril de 2001, siendo aprobadas mediante comunicación de 20 de abril de 2001 y suscribiéndose las actas de iniciación el 7 de mayo de 2001.

En consecuencia, habiéndose aprobado las garantías el 20 de abril de 2001, las actas de iniciación debían suscribirse dentro de los quince días calendario siguientes, el 5 de mayo de 2001, oportunidad en la que el consorcio debía iniciar la prestación de servicios. Como el 5 de mayo de 2001 era un sábado, se prorrogó la firma de las actas de iniciación hasta el lunes 7 de mayo de 2001, según se expresa en el acta 52 correspondiente a la reunión de 23 de abril de 2001 del comité directivo de la Fiducia Fideicomiso GLP-Ecopetrol:

“La Fiduciaria informa también que se recibieron las pólizas de garantía tomadas por CCIM para cada uno de los talleres y que se habían aceptado las de 7 de ellos con la excepción de la correspondiente a la de la zona 8 con sede en Cali, que había sido emitida para entidades públicas, y que había enviado al consorcio carta de aprobación de las garantías el 20 de abril de 2001.

Igualmente se leyeron los apartes correspondientes en los términos de referencia a la iniciación del contrato, en el cual se establecieron 15 días calendario a partir del perfeccionamiento del mismo, concluyéndose que si se toma la fecha de 20 de abril de 2001, cuando se aceptaron las pólizas de garantía, como fecha de perfeccionamiento del contrato, el consorcio tendría plazo para iniciar la prestación del servicio de día 5 de mayo que es un sábado y se extendería hasta el 7 de mayo de 2001, día laboral más cercano.

“La Fiduciaria informa que en las reuniones realizadas con el consorcio, ha afirmado que los equipos que no están disponibles para entrega inmediata fueron ordenados para su fabricación y que para los talleres que ya estaban en operación, la fecha de iniciación de actividades dependía de la obtención de lámina para la fabricación de cilindros, pero que estaban en conversaciones con Acerías Paz del Río para definir si la lámina especificada se podía producir nacionalmente. En cuanto a los talleres que deben montarse completamente, que son los de Cali, Cartagena, Medellín, Pereira se estima que requerirían entre 4 ó 5 semanas para iniciar operaciones, por la necesidad de recibir e instalar nuevos equipos”.

“Los miembros del comité solicitaron se insistiera al Consorcio CCIM el cumplimiento de las fechas contractuales, pues de lo contrario, sería sujeto de multas o sanciones y que era necesario evitar quejas que pudieren surgir por demoras en el inicio de operaciones.

“Se recordó también que el período de empalme que se había planteado por la Fiduciaria y recogido en la Resolución 048/00, se había consumido en el mes de marzo a la espera de la adjudicación y firma de los contratos... Por lo tanto la programación del bimestre quedaría afectada en su primer mes por el retraso natural surgido en el inicio de las operaciones y por ello se recomendaba ser flexible durante este bimestre de arranque”.

Desde esta perspectiva, existió una demora en la firma del acta de iniciación de los contratos de dos (2) días, de una parte porque el 5 de mayo de 2001 era un sábado y de otra parte porque el consorcio requería de un tiempo para iniciar las operaciones.

En todo caso, suscritas las actas dos días después de la fecha acordada, no existió protesta alguna del Consorcio CCIM y, por consiguiente, la aceptó con su conducta o comportamiento, por lo cual el incumplimiento alegado, individualmente considerado, resulta inocuo e irrelevante. Sin embargo, como se verá más adelante, el tribunal lo considerará cuando analice el tema de la multa.

4. Incorporación tardía de la interventoría.

El contrato con la interventoría se celebró el 2 de abril de 2001, se perfeccionó el 23 de abril de 2001 e inició el 16 de mayo de 2001.

Las actas de iniciación de los contratos con el consorcio se firmaron el 7 de mayo de 2001 y, por tanto, existió un retraso de nueve (9) días⁽¹⁰²⁾.

Para la parte convocante esta incorporación tardía implicó una alteración en el comienzo del programa de reposición y, por tanto, de la ejecución del contrato, considerando de singular gravedad la inobservancia del ofrecimiento de la Fiduciaria de contratar la auditoría técnica encargada del auditaje técnico de todos los actores del nuevo sistema de reposición: suministradores de materia prima, talleres de mantenimiento y laboratorios de control de calidad, entre otros, aspectos estos de que adoleció el sistema (Propuesta técnica de la Fiduciaria Popular Tomo 1 dentro de la Licitación Pública GMV-02-98 de fecha jul. 1º/98, fl. 0087).

La parte convocada, considera irrelevante este atraso destacando que el consorcio no expresó inconformidad al suscribir el acta de iniciación de sus contratos⁽¹⁰³⁾ y que la interventoría no tenía a su cargo la vigilancia de la fabricación de los cilindros y sus pasos intermedios, limitándose a verificar sus certificados de calidad, cantidades de cilindros recibidas de distribuidores, clasificación y entrega de los mismos, a presenciar las destrucciones de cilindros y válvulas y a participar en las diligencias de entrega de chatarra según lo pactado en la cláusula quinta de los contratos.

No obstante que la interventoría del contrato se incorporó nueve (9) días después del 7 de mayo de 2001, el tribunal, observa que de conformidad con la cláusula décima séptima de los contratos (vigilancia y control), la fiduciaria ejercerá la vigilancia de los mismos en forma directa a través de su personal y unidad de gestión y, de manera específica y detallada a través de la interventoría, para cuyo efecto, entre otras, está facultada para ejercer el control técnico, administrativo y contable, verificar la ejecución contractual, calidad de servicios y correcta ejecución del programa de trabajo, aprobar o rechazar los informes, decidir los cambios de la programación bimensual, aprobar o rechazar la facturación.

Por consiguiente, las funciones específicas y singulares de la interventoría podían ser cumplidas en forma directa por la Fiduciaria y, por ello, de este hecho, por sí solo y de suyo, no observa un efecto negativo. De otra parte, como expresa el acta 52 de la reunión de 23 de abril de 2001 del comité directivo de la fiducia fideicomiso GLP-Ecopetrol, la totalidad de los talleres no estaban listos para iniciar operaciones el 7 de mayo de 2001 y conforme al acta 58 de su sesión de agosto 8 de 2001 y al informe del consorcio de 31 de julio de 2001, la programación correspondiente al bimestre junio-julio de 2001 no se observó en su totalidad⁽¹⁰⁴⁾.

De lo anterior, el tribunal concluye que no hay incumplimiento, y que aún en la hipótesis de que lo hubiere, el

mismo sería inocuo e irrelevante. Sin embargo, como se verá más adelante, el tribunal lo tendrá en cuenta al pronunciarse sobre la multa.

5. Carencia de cilindros en stock con anterioridad al inicio de los contratos.

Para la parte convocante, el éxito del programa de reposición de cilindros suponía un “stock” de cilindros nuevos previo al inicio de los contratos, esto es, un inventario inicial adecuado en forma que el taller pudiera entregar el mismo día una cantidad igual a la recibida⁽¹⁰⁵⁾ según lo previsto en el numeral 3.2.8 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública GMV-02-98 de fecha julio 1º de 1998 para la selección de la Fiduciaria y, se previó en la oferta presentada por Fiduciaria Popular⁽¹⁰⁶⁾ y en el acta de mayo 26 de 1998 de la audiencia informativa de 21 de mayo de 1998⁽¹⁰⁷⁾, anotando que su carencia constituyó una de las causas de frustración del programa⁽¹⁰⁸⁾ y, que no obstante su importancia la Fiduciaria tomó la decisión de no entregarlo⁽¹⁰⁹⁾.

Aun cuando, para el tribunal, es evidente la importancia de este inventario inicial, sin embargo, ni en los términos de referencia de la convocatoria GLP-001-2001, ni en la oferta del Consorcio CCIM ni en los contratos celebrados por las partes, se incluyó esta obligación. En ese sentido, el perito del Corral fue claro en sostener en su respuesta al numeral (1) de la pregunta 13 del convocante:

“Por otra parte, el perito no encontró referencia en los TdR de la convocatoria ni en los contratos de los talleres de CCIM a un requerimiento explícito de contar con un “stock” de cilindros para hacer las primeras reposiciones y reparaciones de los cilindros a ser entregados a los distribuidores”.

Por tanto, aún si la carencia de stock pudo tener un efecto sobre la ejecución del contrato, tal como lo reconoce el perito, el tribunal considera que no puede imputarse al demandado el incumplimiento de una obligación no contraída.

6. Falta de oportuna y efectiva campaña de divulgación.

Estima la convocante que la ausencia de una oportuna y efectiva campaña de divulgación para obtener la aceptación de los distribuidores y consumidores respecto de los cilindros nuevos con tamaño 30 y 80 libras, afectó la ejecución de los contratos y fue una de las causas de su negativa a entregarlo, no obstante que la Resolución CREG-048 de 2000 se expidió el 11 de agosto de 2000, con anterioridad al proceso contractual, lo cual, demuestra la improvisación y negligencia de la entidad contratante, pues solo la hizo entre octubre de 2001 y febrero de 2002⁽¹¹⁰⁾, seis meses después de la celebración de los contratos con el Consorcio CCIM, por la recomendación de la interventoría⁽¹¹¹⁾.

El dictamen técnico del perito Germán del Corral, expresa que los cambios generaron los siguientes problemas:

“Negativa a entregar cilindros para reposición o reparación aduciendo razones varias, entre las más comunes:

— Rechazo de usuarios y de los mismos distribuidores al cambio de tamaños de los cilindros, esto públicamente desde la Resolución CREG 048 de 2000 y reiterado posteriormente al Consorcio CCIM.

— Reportada dificultad en la comercialización de los nuevos cilindros de 30 libras a reemplazar por los de 40 libras.

— Reportada imposibilidad de colocar los cilindros nuevos en el mercado, pues se reduce el inventario de cilindros viejos por la devolución de estos, sin tener inventario de cilindros nuevos. Esta razón reportada está relacionada con los niveles de “stock” de cilindros tratados en la pregunta 13.

— Falta de una campaña amplia de divulgación/ concientización por parte del Gobierno Nacional para dar a conocer al usuario final el proceso de cambio de cilindros.

— Incompleta o demorada respuesta de distribuidores a solicitudes de información respecto a temas varios de los cilindros.

— Reclamo de distribuidores sobre qué cilindros no cumplen los requerimientos técnicos”.

Observa el tribunal que la CREG-048 de 2000 se expidió el 11 de agosto de 2000, con anterioridad a los términos de referencia de la convocatoria GLP-001-2001, a la propuesta del Consorcio CCIM y a los contratos celebrados el 30 de marzo de 2001 y, por tanto, los cambios fueron conocidos tanto por la fiduciaria cuanto por el consumiód, específicamente, en la cláusula segunda, alcance de los trabajos, parágrafo 1º se menciona la Resolución 048 de 2000 y, en la cláusula décima tercera, expresamente se indica:

“CCIM declara conocer todo lo concerniente a los servicios a prestar, **pues ha estudiado todos los factores que pueden influir en ellos**. En consecuencia, CCIM declara que se encuentra en condiciones de cumplir todas las obligaciones del presente contrato” (resaltado ajeno al texto).

Para el tribunal, el contenido de esta estipulación es de la mayor relevancia, no solo en este sino en otros electos reclamados por el consorcio, por cuanto, es incontestable que en su carácter de profesional tenía el deber de estudiar todas las condiciones y factores que pudieren influir en los servicios contratados y, por consiguiente, estaba en la posibilidad de prever los inconvenientes, dificultades y vicisitudes inherentes a su ejecución, sin que pueda ahora invocar a contrarío de su propia conducta.

Además de lo anterior, a juicio del tribunal no existen en el expediente elementos de juicio que demuestren que la campaña a que se refiere el demandante haya sido inefectiva.

Ciertamente, el señor perito llama la atención sobre las dificultades que se presentaron en su contratación, más de allí no se puede colegir que la campaña misma hubiera sido inefectiva, o que ella habría producido mejores resultados si se hubiera realizado antes o después, o si hubiera sido más corta o más larga.

En ese sentido, el tribunal considera que el demandante no probó su alegación, motivo por el cual no procede lo solicitado.

7. Carencia del número de identificación fiduciaria de los cilindros (NIF).

De conformidad con el numeral 3.4.1 “Suministro de cilindros” de los términos de referencia, los cilindros deben “estar debidamente marcados e identificados con el NIF (número de identificación fiduciario)” y según la cláusula primera de los contratos, las labores deben ejecutarse “con los estándares de calidad que exijan las normas técnicas adoptadas y reglamentadas por el Ministerio de Minas y Energía”.

La Resolución CREG 048 de 2000, artículo 4º, en los aspectos técnicos de reposición de los cilindros estableció la asignación de “números de identificación de acuerdo con la forma y procedimiento que establezca la fiducia” y la Resolución 80009 de enero 9 de 2001 del MME, publicada en el Diario Oficial N° 44290 del 13 de enero de 2001, unificó el sistema de marcación consagrando sus características (art. 5º).

Los NIFs se entregaron por la Fiduciaria al Consorcio CCIM el 23 de abril de 2001 y, a juicio del perito técnico, debían estar “disponibles a la firma de las actas de iniciación el 7 de mayo de 2001”, existiendo un retraso “de 16 días”⁽¹¹²⁾, cuya incidencia “depende de las circunstancias particulares de cada taller, con relación a su capacidad operativa real a lo largo de los 16 días citados” y a los factores asociados, pudiendo generar costos con tareas de procesamiento, retraso en la línea de producción, entrega y cumplimiento de la programación bimestral⁽¹¹³⁾.

Sin embargo, el tribunal anota que el propio perito no concluye en cuanto a los posibles efectos concretos que se causaron al demandante como consecuencia de esta demora, precisamente por cuanto el tipo de análisis que se tendría que realizar excedería el ámbito del dictamen.

Por ello, el tribunal tendrá que concluir que aún si se presentó esta demora, no hay manera de determinar sus estos específicos; sin embargo, al igual que en otros puntos anteriores, este tema tendrá consecuencias concretas al analizar la multa impuesta al consorcio.

8. Falta de entrega del software (aplicativo) requerido.

El numeral 4.5.4 “Toma de información” de los términos de referencia de la Convocatoria GLP-01-2001, dispuso:

“Con el fin de controlar el parque nacional de cilindros, la fiduciaria ha diseñado una base de datos donde se

consignará toda la información relativa a los cilindros tal como número de identificación, fabricante, años de fabricación, reparaciones a las que ha sido sometido, talleres que han intervenido, fechas, distribuidores de gas de donde proviene y a quienes ha sido entregado, etc., la cual deberá ser tomada de la placa de identificación del cilindro al momento de llegar al taller.

Para esto, el taller deberá diseñar procedimientos de toma de información a lo largo del proceso, y trasladarla a la base de datos mediante el uso del aplicativo que para tal efecto le suministrará la fiduciaria.

Esta información deberá ser enviada semanalmente a la fiduciaria, quien se encargará de revisarla y consolidarla para su uso. (...)” (resaltado ajeno al texto).

Con este propósito, la Fiduciaria en 1999 elaboró el pliego de condiciones para la adquisición del software aplicativo de administración y control del margen de seguridad⁽¹¹⁴⁾, en el cual se indicó:

“Los programas aplicativos propuestos deberán funcionar parte en las oficinas de la fiduciaria y parte en los talleres de mantenimiento y talleres de envase y distribución de GLP ubicados a lo largo de la geografía colombiana”.

“El objetivo principal del módulo de producción es permitir la planeación, registro, seguimiento y control de cada una de las actividades realizadas al interior de los talleres de mantenimiento de cilindros y tanques estacionarios contratados por la Fiduciaria Popular ubicados en todo el país teniendo en cuenta su capacidad operativa, ubicación geográfica, accesabilidad, permitiendo la consolidación de la información en una base de datos central ubicada en la sede principal de la Fiduciaria Popular en Santafé de Bogotá”.

No obstante el objetivo principal del aplicativo inicialmente concebido y la propuesta presentada por la fiduciaria para la celebración del contrato de fiducia⁽¹¹⁵⁾, el numeral 4.5.4 de los términos de referencia de la convocatoria GLP-01-2001, elaborados en enero de 2001, lo limitó a trasladar la información de los cilindros a la base de datos, es decir, circunscribieron su objeto.

Por consiguiente, para el tribunal, según la previsión de los términos de referencia, es evidente la obligación asumida por la fiduciaria de suministrar al taller el aplicativo⁽¹¹⁶⁾ para trasladar a la base de datos diseñada para tal efecto⁽¹¹⁷⁾ toda la información relativa a los cilindros.

“(…) “Desde esta perspectiva, el aplicativo que debía suministrar la Fiduciaria, no concernía sino al traslado de la información de los cilindros a la base de datos, más no a las actividades administrativas internas de cada taller ni al manejo operacional de cada taller.

Sobre el particular, el experto en informática, Juan Pablo Ordóñez, conceptuó:

“Revisando el numeral 4.5.4 de la solicitud de ofertas GLP-01-2000 se encontró lo siguiente:

“Que la fiduciaria diseñó una base de datos donde consigna la información relativa a los cilindros, como número de identificación, fabricante, año de fabricación, reparaciones a las que ha sido sometido, talleres que han intervenido, fechas, distribuidores de gas de donde proviene y a quienes ha sido entregado, etc.

“Que los talleres deben diseñar procedimientos para recolectar dentro de sus procesos esta información de los cilindros.

“Que para el traslado de la información de los cilindros, recolectada en los talleres, a la base de datos diseñada por la fiduciaria, es obligación de los talleres utilizar un aplicativo que la fiduciaria suministra.

“Que la fiduciaria realiza una inducción para el manejo de este aplicativo en la ciudad de Bogotá a la cual debe asistir como mínimo la persona que se encarga de su manejo en el taller.

“Que se definen los requerimientos técnicos específicos del equipo de cómputo requerido para el manejo del aplicativo por parte de los talleres.

“Finalmente que los costos de traslado y estadía del funcionario para la mencionada inducción son por cuenta del taller.

“En conclusión, sí existe en el contenido del numeral 4.5.4 de la Solicitud de Ofertas GLP-01-2000 una obligación de parte de la Fiduciaria de entregar al taller un aplicativo para el traslado de la información de los cilindros, recolectada en los talleres a la base de datos de la Fiduciaria, pero no de un aplicativo para el manejo de los contratos del consorcio.

“(…) “Desde el punto de vista técnico el alcance de lo definido en el numeral 4.5.4 era registrar la información de los cilindros recolectada en los talleres y trasladarla a la base de datos que la fiduciaria tenía diseñada para este propósito. No existe información que lleve a pensar que este aplicativo pueda facilitarle al consorcio la administración de sus contratos”.

Por otra parte, el aplicativo consagrado en los términos de referencia, no se entregó por la Fiduciaria al Consorcio CCIM⁽¹¹⁸⁾. A este respecto, en comunicación 812416 de octubre 22 de 2001, la Fiduciaria expresa al consorcio CCIM:

“... La fiduciaria, en el momento en que desarrolló los términos de referencia, tenía en mente entregarle a cada taller un módulo en el cual se registrarán los números del NIF, y las reparaciones hechas a cada cilindro (...) Al evolucionar el tema la fiduciaria consideró más práctico centralizar el manejo de la base de datos en la interventoría, alimentando dicha base con archivos planos que deben suministrar los talleres, y que son de muy fácil generación, tal como se está llevando a cabo en la actualidad. (...)”⁽¹¹⁹⁾.

El cambio del aplicativo ofrecido por la Fiduciaria⁽¹²⁰⁾, se explica en los problemas generados al inicio y, por el perito técnico Germán del Corral, así:

“Con base en las referencias citadas el perito ve el desarrollo práctico de esta temática como sigue:

“1. En su compromiso con ECP la Fiduciaria debe disponer (internamente) de una base de datos que permita procesar y consolidar cierta información sobre los cilindros, derivada del contrato de fiducia con CCIM.

“2. CCIM está obligada a diseñar procedimientos de toma de información sobre los cilindros.

“3. CCIM está obligada a recopilar la información relativa a cada cilindro a que se le preste servicio.

“4. CCIM debe trasladar/ registrar la información tomada/ recopilada de los cilindros a una base de datos de la fiduciaria.

“5. Para lo cual la Fiduciaria inicialmente le iba a suministrar un aplicativo. “...mediante el uso del aplicativo que para tal efecto le suministrará la fiduciaria”.

“6. Luego la Fiduciaria decidió centralizar el manejo de la base de datos en la interventoría.

“7. Para lo cual CCIM solo necesitaba alimentar dicha base de datos con “archivos planos”, o sea la información recopilada en el punto 3.

“8. La Fiduciaria de hecho liberó a CCIM del manejo del aplicativo para el traslado a la base de datos de la Fiduciaria.

“Adicionalmente es necesario aclarar que el perito ve una diferencia clara entre:

“a) La recopilación y registro de unos **resultados** del desempeño contractual de CCIM, y

“b) Los **controles internos** de los procesos operativos de CCIM para obtener los resultados.

“En resumen, ya la entrega de la información requerida por la Fiduciaria ya sea bajo la forma de unos “archivos planos” o en forma más sofisticada directamente a una base de datos de la fiduciaria por medio de un aplicativo, cumplen el mismo objetivo contractual, suministrar a la Fiduciaria “toda la información relativa a los cilindros tal

como número de identificación, fabricante, años de fabricación, reparaciones a las que ha sido sometido, talleres que han intervenido, fechas, distribuidores de gas de donde proviene y a quienes ha sido entregado, ...”.

También, el experto en informática, concluye:

“El alcance técnico de la solicitud de La Fiduciaria del 3 de julio de 2001 es el de generar, diariamente, por parte de los talleres, una relación de los cilindros que entran al sistema y una relación de los cilindros a los cuales se les presta algún servicio.

“Cada una de las relaciones citadas debe guardarse en un archivo independiente, con un nombre de acuerdo a la fecha a la cual corresponde su información y estos deben ser enviados tanto en diskette como por e-mail a la Fiduciaria.

“La implementación de lo solicitado en la mencionada solicitud no requiere de inversiones cuantiosas en equipos ni en personal especializado, pero desde un punto de vista técnico es una solución poco eficiente por cuanto requiere procesos manuales que pueden obviarse mediante el uso de aplicaciones más elaboradas y el correcto uso de la tecnología disponible. Específicamente me refiero al costo de utilizar y generar diskettes cuya confiabilidad y relación costo/beneficio los han hecho cada vez menos populares”⁽¹²¹⁾.

La problemática se documenta en las actas del comité directivo 01 de 8 de mayo de 2001⁽¹²²⁾, 07 de 20 de junio de 2001⁽¹²³⁾, 08 de 27 de junio de 2001, 09 de 4 de julio de 2001⁽¹²⁴⁾, 10 de 11 de julio de 2001⁽¹²⁵⁾, constando en la N° 15 de 22 de agosto de 2001:

“1.1. Archivos planos

“La Fiduciaria solicita a CCIM que le informe a qué período corresponden los archivos entregados recientemente. CCIM informa que los mismos corresponden a los cilindros recibidos y despachados hasta el mes de junio de 2001. Que lo correspondiente a julio de 2001 lo entregará en la próxima semana.

“CCIM solicita se confirme que este será el procedimiento y la forma como se entregará y manejará la información de los cilindros en adelante para todo el contrato ya que de no ser así cualquier cambio implicaría una inversión adicional en tiempo y recursos para poder entregar la información. la Fiduciaria confirma que este procedimiento no será modificado”.

Ahora bien, el Consorcio CCIM, contrató servicios de asesoría con ODC Ltda., el 29 de mayo de 2001, para el “suministro de aplicaciones y outsourcing de las mismas”, “suministrar asesoría (...), servicios de outsourcing, el software y la respectiva administración y operación de este para el manejo de la información del proyecto de mantenimiento, reposición y destrucción de cilindros domésticos de GLP del consorcio (...)” y, por ello, reclama sus costos.

Los dictámenes técnico e informático, sobre el particular, señalan diferencias importantes entre el aplicativo inicialmente ofrecido por la fiduciaria, el cambio ulterior y el software contratado por el consorcio⁽¹²⁶⁾, concluyendo:

“En opinión del perito y precisamente por las diferencias ya anotadas anteriormente entre lo requerido como información por la fiduciaria y el propósito del ‘software’ contratado por CCIM, **el perito no ve que la falta del aplicativo para el propósito contractual, haya podido causar consecuencias de importancia material negativa para CCIM.** Sin embargo, la opinión de este perito obviamente se subordina, en todo lo que a este tema se refiera, al dictamen que rendirá a este respecto el perito en informática.

“En los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8-2001, cláusula quinta: obligaciones y responsabilidades de CCIM, el numeral 7° especifica, “A llevar un registro detallado de los servicios prestados, conforme a las guías o formatos que diseñe la interventoría, indicando en todo caso la clase de cilindro y el tipo de servicio prestado (reparación o reposición). En el numeral 15 siguiente se explicita, “A recopilar y registrar en la base de datos la información relativa a cada cilindro que se le preste servicio”.

Del análisis anterior el tribunal concluye que efectivamente no se entregó el aplicativo ofrecido, pero, según concluyen los dictámenes, dicha falencia no tuvo efectos negativos, se sustituyó por archivos planos, y el software finalmente contratado por el consorcio excede esta función, al concernir a su manejo administrativo y operacional.

Por lo tanto, habiéndose aceptado la sustitución por el consorcio, no hay lugar a declarar el incumplimiento solicitado.

9. Entrega tardía y vencida de la primera programación.

De acuerdo con el numeral 3.5.6 de los términos de referencia:

“En los diez primeros días de cada bimestre, la fiduciaria a través suya o de la interventoría, entregará a cada taller el programa de los servicios a cilindros autorizados, por distribuidor de GLP, para el bimestre.

Este programa se hará con base en las solicitudes de servicios hechas por los distribuidores a la fiduciaria y la disponibilidad de recursos proyectada para el bimestre, y será la base con la cual el taller programe la recolección y devolución de cilindros a los distribuidores.

De igual manera, este programa será la base para el control que la fiduciaria / interventoría, ejercerán sobre el taller.

El cumplimiento del mismo será contractual y el incumplimiento del mismo será motivo para que la fiduciaria imponga las multas previstas en el contrato, las cuales se causarán en proporción al porcentaje de programación no cumplido y a los días de atraso en el cumplimiento de la programación establecida para el bimestre”.

Los contratos se firmaron el 30 de marzo de 2001 y sus actas de iniciación se suscribieron el 7 de mayo de 2001.

Por consiguiente, dentro de los diez primeros días de cada bimestre, la fiduciaria, debía entregar la programación de los servicios por distribuidor de GLP, con base en las solicitudes de servicios de los distribuidores.

Habiéndose suscrito la iniciación de los contratos el 7 de mayo de 2001 y entregado el 15 de mayo de 2001 la programación del bimestre abril-mayo, por razones lógicas, debe contarse para todos los efectos legales desde su entrega⁽¹²⁷⁾.

En respuesta a la pregunta N-5 del cuestionario de CCIM, el perito técnico relaciona las fechas de entrega de la programación, concluyendo que existieron retrasos en los primeros meses de la relación contractual, de cinco (5) días para el bimestre de abril y mayo de 2001, nueve (9) días en el bimestre de junio y julio de 2001 y tres (3) días para el bimestre de agosto y septiembre de 2001. Sin embargo, como anota el dictamen técnico con fundamento en los informes de interventoría, también existieron retrasos en la iniciación de la operación de los talleres por causas diferentes a la programación⁽¹²⁸⁾ y, en consecuencia, a las demoras iniciales en la programación bimensual se añadan las imputables al consorcio CCIM por causas distintas e inciden en las causas de la frustración del contrato conforme se puntualizó en otros apartes de esta providencia.

Al respecto, dijo el perito al contestar a la pregunta 10 (i) del demandante sobre si durante el desarrollo de los contratos se realizaron cumplida y oportunamente las programaciones bimensuales de entrega de cilindros por parte de los distribuidores de GLP al consorcio, por parte de la Fiduciaria Popular:

“Cualitativamente, el impacto de los retrasos visibles en la tabla anterior, no es considerado por el perito de importancia material...”.

En conclusión, si bien existió un atraso en la primera programación, este no fue significativo por sí solo para declarar un incumplimiento, y en todo caso para esa época el consorcio también se encontraba incumplido con respecto a ciertos talleres. Sin embargo, este tema será tenido en cuenta al momento de pronunciarse sobre la multa y la cláusula penal.

10. Falta de preparación y demoras de Icontec para la certificación.

Como concluye el perito Germán del Corral y está probado en proceso⁽¹²⁹⁾, se presentaron dificultades con la certificación de Icontec, cuyas causas son:

“De igual manera el Icontec tuvo problemas para la certificación de los cilindros, toda vez que no estaba preparado para atender la alta demanda de certificaciones y no tenía implementados la totalidad de los procedimientos de ensayo establecidos en la norma técnica”.

Un ejemplo puntual es que por ejemplo Icontec no contaba inicialmente con unas galgas especiales para certificación de bridas, conicidad, ángulo raíz y número de hilos de rosca de los cilindros, que tenían que ser importadas”.

Adicionalmente, en el numeral 6.2.9, el informe de actividades noviembre de 1998 - mayo de 2002 del comité directivo de la fiducia aduce, “algunos distribuidores de GLP, han dificultado el proceso de cambio alegando fallas en la calidad de los cilindros entregados a pesar de que los mismos están siendo certificados por el Icontec (...)”.

Precisa que las causas e inconvenientes, consistieron:

“Con base en los recuentos anteriores e información consignada en actas, informes mensuales varios, comunicaciones al respecto de Icontec, y comentarios verbales, las causas de las dificultades que deduce el perito fueron principalmente:

a) La “curva de arranque” del Icontec para su puesta a punto de los mecanismos de control de calidad para la certificación de los cilindros, tanto por el alto número de solicitudes reportadas como por el hecho de que la normatividad para certificación. Esta normatividad, aunque de obligatorio cumplimiento, se reporta que en el pasado no se cumplía. Esto tiende a indicar que se comenzó con vacíos en la capacidad operativa de Icontec, como los niveles requeridos de capacitación y entrenamiento de los funcionarios certificadores, o su mismo número, entre otros.

b) El caso anterior no fue el único factor contribuyente. En efecto, la cadena de producción de los cilindros (y similarmente la cadena de reparación) incluye un buen número de elementos y operaciones, verbigracia la calidad de insumos como lámina de acero, soldadura y pintura; el nivel de entrenamiento y experiencia de operarios, soldadores y otras personas desempeñando funciones de manufactura, pruebas y supervisión. El efecto cumulativo de los defectos de materiales y manufactura en la ‘curva de aprendizaje’ del personal de los talleres solo pudo incrementar el volumen y la frecuencia de desviaciones de normas, normas que esta vez sí se estaban haciendo cumplir.

Corresponde además al perito puntualizar que un análisis para determinar la relación de causalidad detallada y cuantitativa de las dificultades de certificación está más allá de las posibilidades de este peritaje. Además, como indicado en otras respuestas, el efecto contractual de falencias de terceros sobre las operaciones del consorcio es tema de derecho, no para concepto técnico del perito”.

Lo anterior determina que la problemática se vinculó a la actividad de Icontec, esto es, a un tercero ajeno a la relación contractual y, en todo caso, la certificación de la calidad es una prestación a cargo del Consorcio CCIM conforme a lo pactado en su contrato.

Por tal razón mal podría hablarse de un incumplimiento a cargo de la convocada.

No obstante, este aspecto constituye igualmente uno de los hechos vinculados a las dificultades contractuales que se considerarán al analizar el tema de la multa y la cláusula penal.

11. El alza del acero.

De acuerdo con el acervo probatorio, y en especial con lo que sobre este punto determinó el perito Martínez, (Cf. fl. 7 del dictamen) no solo no se dio un incremento en el valor de este insumo del contrato, sino que su valor presentó variación negativa.

Al respecto dijo el perito:

“Al comparar los precios promedios de los dos períodos se puede nota (sic) que el del período de vigencia del contrato fue de un 5,77% menor que el del período previo a la firma (seis meses antes)”.

Desde este punto de vista, por no existir el daño, a más de no configurarse (sic) un elemento de variación necesario para una imprevisión, que de suyo no podría declararse en este momento, por no estar ya vigente el contrato, no hay lugar a reconocer alguna suma como condena por este ítem.

Dentro de la misma línea anterior, para el tribunal es claro que del dictamen pericial rendido por William Martínez, se desprende que la variación de la tasa de cambio durante el período de vigencia del contrato, esto es entre mayo de 2001 y diciembre de 2002, estuvo dentro de los límites de lo que era estadísticamente previsible (es decir, de lo que tenía más de un 79% de probabilidades de ocurrir).

Por tal motivo, no podría hablarse de la presencia de una situación imprevisible, aún en el evento de que dicha figura procediera teniendo en cuenta que se trata de prestaciones cumplidas.

En conclusión, del dictamen pericial es evidente que ni el alza del acero ni el comportamiento de la TRM fueron imprevisibles ni excepcionales para generar en consecuencia una alteración importante en la economía del contrato o un incumplimiento del deber del contratante de reajustar las tarifas.

12. Mayores valores por transporte.

Pretende el demandante que se reconozca a su favor un mayor valor en que dijo haber incurrido, por la variación de rutas en que habría debido incurrir por problemas de orden público.

No se encuentra probado en proceso que se haya probado una alteración en agravamiento de las condiciones de orden público en las zonas en que debía cumplirse la prestación de transporte de cilindros, entre la época en que se preparó y presentó la oferta para la celebración de los contratos por parte de CCIM, y la época en que se ejecutó el contrato.

Por tanto, debiendo, según los términos de condiciones para la oferta, presentarse un precio que incluyera los factores que el contratista estimara, eran remuneratorios de la labor ofertada, según su informado y experto conocimiento y siendo una de ellas el transporte, no habrá de darse curso a la demanda en lo que se refiere a este ítem, tanto cuanto más si dentro del precio por el servicio efectivo y el producto acabado, están incluidas todas las zonas donde se prestarían fueron previamente conocidas por el consorcio, así como la problemática del orden público existente en las mismas, sin que se observe una alteración incidente.

13. Pruebas neumáticas.

Se indica en la demanda, que la necesidad de realizar pruebas neumáticas para verificar la condición de operación de los cilindros, fue la exigencia de una prestación no prevista en el contrato, a la que no estaba obligado el consorcio. Sobre el particular el perito Germán del Corral, (Cf. págs. 1, 2 y 3 del dictamen) expresa que la obligación contractual según la cual el consorcio debía entregar cilindros en condición de operación, tiene implícita, por la técnica y por el uso en la industria, la necesidad de pruebas como la neumática.

Por ello, para el tribunal, se trata de una prestación que estaba o debía estar prevista dentro de los precios ofertados, lo que descarta cualquier posibilidad de hacer el reconocimiento de alguna suma por este concepto.

14. Ausencia de funcionarios necesarios para adelantar el proceso de destrucción de materiales.

El artículo 40 de la Resolución CREG 074 de 1996, dispuso:

“La venta y destrucción de cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios deberán efectuarse con la presencia de delegados de la fiducia, de la Superintendencia de Servicios Públicos y del Ministerio de Minas y Energía. No podrán participar como compradores, ni directa ni por interpuesta persona, los talleres, comercializadores o distribuidores de GLP”⁽¹³⁰⁾.

Los términos de referencia de la convocatoria GLP-01-2001, en sus numerales 3.4.3 y 3.5.3, previeron:

“El taller deberá llevar una contabilidad exacta de los cilindros y válvulas que hayan sido clasificados como tal (NR- Chatarra) y elaborar un acta en el momento de la destrucción para darlos de baja del sistema. La chatarra que se genere de su destrucción deberá ser vendida y el recaudo girado a la fiduciaria, de acuerdo con el procedimiento que para tal fin establecerá la fiduciaria”.

“(…) para desarrollar apropiadamente sus labores, el taller deberá tener áreas de trabajo y almacenamiento plenamente definidas, delimitadas, demarcadas y separadas físicamente de otras áreas del taller dedicadas a otras labores distintas a las del objeto de esta convocatoria. Deberá disponer de: área para almacenamiento de cilindros y válvulas para destrucción, (…).”

En la cláusula quinta de los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8-2001, obligaciones y responsabilidades de CCIM, se expresa:

“7. A llevar un registro detallado de los servicios prestados (...). 8. A llevar a cabo la destrucción de los cilindros y válvulas clasificados como chatarra. 9. Al almacenaje de los cilindros y válvulas destruidos hasta el momento de ser dados de baja. 10. A la entrega de la chatarra generada por la destrucción de cilindros y válvulas que conforman el despacho. 11. A dar de baja en presencia del interventor y de representantes del Ministerio de Minas y Energía y de la Superintendencia de Servicios Públicos, los cilindros y válvulas destruidos, de lo cual se suscribirá un acta en la que conste el número y tipo de cada elemento dado de baja”.

En consecuencia, el proceso de destrucción de los cilindros debía adelantarse en presencia de delegados de la fiducia, la interventoría, la Superintendencia de Servicios Públicos y del Ministerio de Minas y Energía (Res. CREG 074/96, art. 40) y, en efecto, experimentó demoras por causas imputables a la fiduciaria, al consorcio CCIM y al Ministerio de Minas y Energía, especialmente, por la presencia no oportuna de los funcionarios.

El perito técnico, respecto de las causas, concluye:

“Como causas externas a la relación contractual la documentación inspeccionada:

a) Una dificultad de obtener la presencia de representantes del MME para poder proceder a sesiones de destrucción de cilindros. Se ha informado al perito que típicamente se podían destruir unos 800 cilindros por día y que estas sesiones podían durar varios días seguidos. En los cuadernos de pruebas se encuentran copias de comunicaciones de los talleres que indican una acumulación excesiva de cilindros para junio-julio de 2001.

En el acta 24 de la reunión efectuada el 25 de octubre de 2001 por el comité directivo semanal de la fiducia, punto 2.4 destrucción de cilindros y válvulas, se anota, “con base en la delegación del Ministerio de Minas y Energía en la interventoría técnica, se programó la destrucción de las cantidades de cilindros y válvulas disponibles. Esta programación se informó a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios para que delegara sus representantes”.

b) Estas causas externas no incidieron en los talleres que por retrasos internos (falta de prensas de destrucción propias o el servicio contratado) comenzaron las destrucciones luego de aprobación de la delegación mencionada en el punto anterior”.

En el informe de interventoría de junio de 2001 se indica que el consorcio no tenía las prensas hidráulicas para la destrucción de cilindros en las zonas 1, 3, 4 y 6 y, en el de agosto de 2001, se consigna que respecto de la zona 3, no existía la prensa hidráulica, por lo cual, “no se dio inicio al programa de destrucción de cilindros y válvulas. Este equipo está previsto para que llegue al taller en la segunda semana de septiembre” y, en las actas del comité directivo de la fiducia, se expresa:

“Acta 007 “20 de junio de 2001 “Punto 2.6 Propositiones y varios. “Destrucción de cilindros “CCIM solicita que se agilice el tema de la destrucción de cilindros y que las prensas para destrucción, de 80 toneladas de capacidad ya se están instalando. Informa igualmente que la prensa para Bogotá se encuentra lista para entrar en operación e invita a los asistentes a asistir a las pruebas de destrucción. “Se anota que se asistió a las pruebas de destrucción las cuales fueron muy satisfactorias y se acordó que no es necesario que el cilindro se deforme tanto como lo están haciendo en este momento, que es suficiente con que se deforme hasta el momento en que la deformación, incluido

el cuello sea irreparable. “La interventoría anota que el tema de la destrucción de los cilindros no solo depende del ministerio sino también de la disponibilidad del equipo que no está listo en todos los talleres. CCIM responde que ese no es el cuello de botella pues las prensas de destrucción son equipos adicionales, que CCIM compró para no distraer las prensas de embutido afectando así la capacidad de producción”.

“Acta 009 4 julio 2001. “2.7. Procedimiento de destrucción de cilindros y venta de chatarra. “La fiduciaria hace entrega del procedimiento de “destrucción de cilindros y válvulas y venta de chatarra” e informa que lo envió a la CREG para comentarios y que a solicitud del comité directivo de la fiducia, se le dio plazo hasta el próximo viernes 6 de julio de 2001 para que enviara a la fiduciaria sus comentarios al respecto. “No obstante lo anterior, la fiduciaria solicita a CCIM coordinar para comenzar con la destrucción de cilindros en las zonas 5 y 6, el próximo sábado 7 de julio de 2001, y solicita las fechas en las cuales se iniciaría la destrucción de cilindros en las demás zonas. “CCIM responde que la destrucción de cilindros se comenzará así: “Zona 2, Cicolsa - Lunes 9 de julio de 2001. “Zona 4 y 7, MIG- martes 10 de julio de 2001. “La interventoría aclara que la destrucción de cilindros es una cortina de humo sobre otros problemas más serios ya que CCIM no cuenta con la maquinaria instalada para tal efecto. CCIM alega que este comentario no es valedero ya que los talleres de Bogotá, Cali, Ibagué y Bucaramanga cuentan con el equipo para iniciar la destrucción.

“Acta 012 “26 de julio de 2001 “2.5. Cilindros para destrucción “la fiduciaria solicita a CCIM el acumulado de cilindros por destruir para pasar al Ministerio de Minas y Energía la solicitud de programación de otra jornada de destrucción de cilindros. CCIM informa que lo enviará. “La fiduciaria informa igualmente que el Ministro de Minas y Energía está preocupado por la cantidad de cilindros acumulados en Bogotá, para destrucción, lo que puede presentar riesgos de seguridad y solicita a CCIM que tome las medidas preventivas que sean necesarias para minimizar el riesgo. “CCIM comenta que la solución a este problema es del Ministerio de Minas y Energía en el sentido que está en manos de ese ministerio que el proceso de destrucción de cilindros se haga más expedito, así los cilindros se podrán destruir más rápido ya que para la destrucción se requiere la presencia de representantes del Ministerio de Minas y Energía, la que debería ser permanente.

“Acta 52 “comité directivo de la fiducia “23 de abril de 2001 “5. Programación de los talleres “la fiduciaria informa que se han continuado recibiendo informes de distribuidores sobre los cilindros que piensan enviar a servicios, y que considera que se debe ser flexibles en aceptarlos a pesar que ya se había vencido la fecha del 16 de abril de 2001. Se aprobó que se tengan en cuenta las solicitudes que hayan llegado hasta el 23 de abril de 2001. “(...) “la fiduciaria informa que en las reuniones realizadas con el consorcio, ha afirmado que los equipos que no están disponibles para entrega inmediata fueron ordenados para su fabricación y que para los talleres que ya estaban en operación, la fecha de iniciación de actividades dependía de la obtención de lámina para la fabricación de cilindros, pero que estaban en conversaciones con Acerías Paz del Río para definir si la lámina especificada se podía producir nacionalmente. En cuanto a los talleres que deben montarse completamente, que son los de Cali, Cartagena, Medellín y Pereira se estima que se requerirían entre 4 ó 5 semanas para iniciar operaciones, por la necesidad de recibir e instalar los nuevos equipos. “(...) “Se recordó también que el período de empalme que se había planteado por la fiduciaria y recogido en la resolución 048/00, se había consumido en el mes de marzo a la espera de la adjudicación y firma de los contratos, firma que solo se pudo realizar el 30 de marzo de 2001. Por lo tanto la programación del bimestre quedaría afectada en su primer mes por el retraso natural surgido en el inicio de las operaciones y por ello se recomendaba ser flexibles durante este bimestre de arranque”.

En el acta 53 de 26 de junio de 2001: “La fiduciaria informa que el consorcio CCIM le ha solicitado que se defina el procedimiento de destrucción de cilindros, ya que los talleres se están llenando de cilindros por destruir (...). La fiduciaria explica que al respecto preparó una comunicación que se envió al Ministerio de Minas y Energía, en la cual indica que se deben destruir 10.000 cilindros por semana en todos los talleres (...). La propuesta es que los representantes de la interventoría deben ser autorizados para vigilar la operación de destrucción, (...)”.

Acta 24 de la reunión correspondiente al 25 de octubre de 2001 punto 2.4 destrucción de cilindros y válvulas, se dice: “Con base en la delegación del Ministerio de Minas y Energía en la interventoría técnica, se programó la destrucción de las cantidades de cilindros y válvulas disponibles. Esta programación se informó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que delegara sus representantes”.

En el informe mensual de la interventoría de 31 de julio de 2001 se indica la iniciación de las actividades de destrucción de cilindros en ese mes en los talleres de Cartagena, Bucaramanga, Bogotá, Ibagué y Cali ⁽¹³¹⁾ y, el dictamen técnico rendido por el perito Germán del Corral, concluye:

“En el informe de interventoría correspondiente a junio de 2001 se indica que el consorcio no contaba con prensas para destrucción en zonas 1, 3, 4, 6.

(...).

Tomando textualmente los dos comentarios anteriores, de ninguno de los cuales el perito puede dudar, se deduce que hasta julio 4 de 2001 no se habría iniciado la destrucción de cilindros en ningún taller, y que por exclusión los talleres de las zonas 1 (Costa Atlántica), 3 (Antioquia-Chocó), 4 (antiguo Caldas), y 6 (Cundinamarca-Meta-Casanare) no estaban a esa fecha todavía en capacidad de proceder a la destrucción de cilindros. Para claridad cronológica se anota que las actas de iniciación de los contratos GLP-ECP-Z1 a Z8-2001 se firmaron en mayo 7 de 2001.

En resumen, parece suficientemente claro al perito acorde con las referencias documentales arriba suministradas que el Consorcio CCIM no contó para las zonas 1, 3, 4 y 6 oportunamente con las prensas para la destrucción de cilindros”.

En el informe rendido por el comité directivo de la fiducia de noviembre de 1998 a mayo de 2002 (num. 5°), se expresa:

“Se presentó acumulación en los talleres de un gran número de cilindros en mal estado para destrucción, actividad que debía ser presenciada por el Ministerio de Minas y Energía, según lo dispuesto en la reglamentación de la CREG”.

Las consecuencias, se indican por el perito técnico, así:

“Para aquellos casos en que el stock de cilindros a chatarrizar creció por encima de lo planeado, y lo ofrecido contractualmente, las principales consecuencias negativas pudieron ser:

- a) Necesidad de conseguir espacio adicional para los cilindros a la espera de destrucción y según el caso un extracosto relacionado con el espacio adicional.
- b) Dificultades logísticas internas en los talleres por falta de espacio.
- c) El impacto financiero y de flujo de fondos por la demora en la facturación de la chatarrización”⁽¹³²⁾.

Considera el tribunal que en efecto se presentó un incumplimiento en la presencia oportuna de los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía y esto generó las consecuencias concluidas en el dictamen. Sin embargo, tal hecho por sí mismo no evidencia un perjuicio indemnizable en cuanto no existe en proceso una cuantificación al respecto.

No obstante, este aspecto constituye igualmente uno de los hechos vinculados a las dificultades contractuales que se considerarán al analizar el tema de la multa y la cláusula penal.

15. Ausencia de contratación para la recolección de chatarra.

El proceso de selección, adjudicación y retiro de chatarra duró algo más de dos meses, como explica el dictamen técnico, así:

“La Fiduciaria dispuso la venta de chatarra mediante el mecanismo de contratación con empresas siderúrgicas y fundiciones, para lo cual tenía que surtir un proceso de licitación.

Los pormenores de los primeros de estos procesos se presentan en la tabla siguiente:

En el acta 53 del comité directivo de la fiducia (reunión de junio 26 de 2001), bajo el punto 7. Venta de chatarra

destruida, se tiene, “Se plantea que la fiduciaria solicite las cotizaciones a siderúrgicas para que compren la chatarra y la retiren de los talleres. Se deberán solicitar al menos tres cotizaciones. La fiduciaria analizará las cotizaciones y adjudicará la venta a la mejor propuesta e informará al comité directivo de la fiducia para su aprobación con base en la mejor propuesta. También se planteó que para facilitar los procedimientos se efectúen ventas que cubra la chatarra generada por espacio de tres meses”.

La decisión de adjudicación fue ratificada en reunión de agosto 8 de 2001. Finalmente, el acta 61 de la reunión de septiembre 3 de 2001 del comité directivo de la fiducia en el punto 6. Información sobre ventas de chatarra, comenta, “la fiduciaria informa que la semana las firmas (...) y (...) iniciaron retiros de chalana de bronce y de acero respectivamente, después de haber cumplido con las garantías solicitadas”.

El proceso de selección, adjudicación y comienzo del retiro de chatarra duró entonces algo más de dos meses”.

Por otra parte, en lo relativo a la recolección de chatarra, el Consorcio CCIM, entre julio y septiembre mediante comunicaciones CCIM-0621-01 de 20 de julio de 2001, CCIM-0771-01 de 17 de agosto de 2001, CCIM-1221-01 de 25 de septiembre de 2001, CCIM TZ1-020913-1 de 13 de septiembre de 2002, CCIM-1549-02 de 24 de septiembre de 2002, CCIM-1872-02 de diciembre 18 de 2002⁽¹³³⁾, solicitó a la fiduciaria el retiro de chatarra, presentándose un “sobrecupo en los talleres de Cartagena y de Bucaramanga, con Medellín prácticamente en lleno total”⁽¹³⁴⁾ calculado sobre el total de la capacidad de almacenamiento ofrecida por el consorcio tanto por reposición cuanto por mantenimiento, cuya causa principal consistió en “la demora en evacuar cilindros chatarrizados estuvo en la mecánica de contratación de compradores para dicha chatarra por parte de la fiduciaria”⁽¹³⁵⁾, generando cambios en:

“a) El porcentaje de cilindros a reponer sobre el total de cilindros a reponer y reparar, que el perito entiende fue mayor a lo que las estadísticas suministradas en los TdR sobre el tema para los años 1997-2000 sugerían.

b) El número de cilindros efectivamente repuestos y reparadosv. el número planeado, que fue muy inferior a lo programado”.

El mismo dictamen técnico concluye:

“Las implicaciones y consecuencias de un retraso en la evacuación de chatarra de los talleres del Consorcio CCIM son genéricamente de varios tipos:

— Necesidad de ocupar áreas de almacenamiento no normalmente destinadas a esto e interferencia potencial con otras actividades operativas.

— Costos adicionales de bodegaje.

— Demora en ingreso de fondos por venta de chatarra. En este caso no afecta mayormente las finanzas de los talleres pues estos fondos se tenían que girar a la fiducia.

Es preciso anotar que una cuantificación del posible impacto económico de un retraso en las actividades de chatarrización y de venta de chatarra requeriría de un análisis pormenorizado de las circunstancias de la época, taller por taller, lo cual está totalmente fuera del marco de referencia de este peritazgo”.

Si bien ni en los términos de referencia ni el contrato, se consagra un plazo para el retiro de la chatarra, naturalmente, debe efectuarse en un plazo prudente que el dictamen pericial concluye debió ser de entre uno y dos meses. Así, es claro que dicho retiro pudo realizarse con más celeridad y, en el caso concreto, la causa principal de demora “en evacuar cilindros chatarrizados estuvo en la mecánica de contratación de compradores para dicha chatarra por parte de la fiduciaria”. Ahora bien, de acuerdo con el numeral 3.5.3 de los términos de referencia, áreas de trabajo, el taller debe contar con áreas de trabajo y almacenamiento definidas y separadas para las distintas labores, dentro de estas, áreas de almacenamiento de cilindros y válvulas para destrucción. Para el tribunal, la congestión se presentó exclusivamente “en los talleres de Cartagena y de Bucaramanga, con Medellín prácticamente en lleno total”. Empero, el tribunal, considera de la mayor relevancia destacar que la capacidad de almacenamiento ofrecida, aún con labores de reposición y mantenimiento, no se afectó, por ser superior. En efecto,

tal como concluye el dictamen técnico, los cilindros reparados o mantenidos constituyeron una fracción de cerca del 2% y no del 58% y el 85% de la oferta, recogiendo “una cuarta parte de los cilindros ofrecidos con relación al 100% de la capacidad” y, por tanto, “en la práctica, el espacio adicional que hubiera ocupado operativamente un flujo de cilindros para reparación o reposición trabajando al 100% de la capacidad ofrecida tuvo que quedar libre para almacenamiento de chatarra” e igualmente el volumen de cilindros programados para reparación y mantenimiento requería de espacio de almacenamiento “entre las diferencias etapas de su paso por los talleres, desde la entrada de cilindros o insumos hasta previo al cargue con destino a distribuidores”⁽¹³⁶⁾. Por lo anterior, considera el tribunal que si bien se presentó una demora en el proceso de venta de la chatarra y, ello implicó concentración de material de chatarra en algunos talleres, sin embargo, no se copó el ciento por ciento de la capacidad de almacenamiento de sus áreas y, por tal, esta circunstancia, por sí misma no evidencia un perjuicio. No obstante, este aspecto constituye igualmente uno de los hechos vinculados a las dificultades contractuales que se considerarán al analizar el tema de la multa y la cláusula penal.

16. Indevida aplicación de las multas y la cláusula penal

La cláusula penal es una forma de tasación de perjuicios, de carácter convencional, por oposición a la estimación legal y la judicial. Como quiera que sin incumplimiento no hay lugar a perjuicios, y teniendo en cuenta que el incumplimiento civil implica la mora del deudor⁽¹³⁷⁾, y mientras una parte no esté cumplida, la otra no estará en mora, y habiéndose presentado una controversia respecto de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, corresponde al juez del contrato verificar los requisitos legales para su procedencia, y en consecuencia precisar si se estructura un incumplimiento del deudor.

En proceso está probada la imposición de una multa al consorcio CCIM por la suma de \$217.733.332 en razón del incumplimiento en la ejecución de las actividades correspondientes al bimestre junio-julio de 2001 conforme a la comunicación de 15 de agosto de 2001, la que se protestó por el representante legal de CCIM, mediante comunicación: CCIM-0947-01 agosto 28 de 2001⁽¹³⁸⁾.

Para el tribunal, es evidente que la imposición de esta multa no es procedente desde el punto de vista normativo y contractual (cláusula vigésima primera de los contratos) por cuanto, para esa época existían dificultades, vicisitudes y problemas en la ejecución de los contratos por causas imputables a ambas partes y a terceros, que de esta manera, excluyen su imposición, causación y exigibilidad, más aún al concernir dicha multa a hechos acontecidos durante el período inicial de ejecución de los contratos donde existieron conductas imputables a la fiduciaria, tales como la demora en la iniciación del contrato, en la contratación de la interventoría, en la entrega de los NIFs y del aplicativo ofrecido, ausencia de funcionarios del Ministerio de Minas para la destrucción de cilindros, y demora en la contratación de la venta de la chatarra y concentración de la misma en los talleres. No podía existir incumplimiento civil del consorcio, porque los contratos a que se refiere eran sinalagmáticos y las dos partes estaban retardados en el cumplimiento de las prestaciones. Por tanto, se ordenará el reembolso de la suma de \$217.733.332 que actualizada con los índices de mayo de 2004 (fecha de las actas de liquidación) y 31 de octubre de 2005, asciende a \$231.341.665.

Mediante comunicación de 30 de diciembre de 2002 la fiduciaria terminó unilateral y anticipadamente los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECPZ8-2001, celebrados con el Consorcio CCIM, invocando el literal j) de la cláusula vigésima cuarta, conforme a la cual podrá adoptar esa determinación “j) Cuando los retrasos en la prestación de los servicios sobrepasen los 20 días calendario”, expresando:

“De conformidad con los comentarios contenidos en la comunicación de su apoderada, la Doctora Martha Cediel de Peña, del día 18 de noviembre del año en curso, hemos comprobado que ustedes han suspendido unilateralmente la prestación de los servicios contratados con nuestra entidad en virtud del contrato GLP-ECP-Z2-2001, sin autorización escrita de la fiduciaria, y en evidente perjuicio del programa de reposición y reparación de cilindros de Gas Licuado de Petróleo, GLP, para la zona 2.

“En consideración a lo anterior, y con miras a que no se vea afectado el programa de reposición y reparación de cilindros de GLP, hemos decidido, con base en las facultades normativas y contractuales pactadas, especialmente la cláusula vigésima cuarta del contrato en mención, terminar anticipadamente el contrato a partir del día de hoy,

por las razones mencionadas.

“En este sentido les solicitamos dar aplicación a lo previsto al respecto en la cláusula trigésima octava del contrato, recordándoles que la liquidación del contrato se deberá efectuar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha.

“Esperamos su colaboración con miras a que el contrato termine sin mayores inconvenientes en los términos del mismo”.

La fiduciaria, con fundamento en la cláusula vigésima cuarta de los contratos, a cuyo tenor, j) “Cuando los retrasos en la prestación de servicios sobrepasen los 20 días calendario”, impuso la penal pecuniaria en un monto equivalente al 10% del valor.

La penal pecuniaria se hizo efectiva en las actas de liquidación de los contratos (mayo 5 de 2004), a las cuales se anexó una certificación expedida por la unidad de gestión⁽¹³⁹⁾, respecto de los incumplimientos precedentes imputados al consorcio y por no haber cumplido la programación bimensual en el bimestre noviembre-diciembre de 2002.

Por las razones analizadas ampliamente en otros apartes de este laudo a propósito de las causas concurrentes imputables a ambas partes que determinaron la frustración de los contratos, la ocurrencia y agravación de los riesgos, el tribunal considera que la imposición de la cláusula penal por la suma de \$1.420.311.003 en las actas de liquidación de los contratos suscritas el 5 de mayo de 2004, fundada esencialmente en los incumplimientos precedentes a su imposición –por demás tolerados-, en el incumplimiento de la programación correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 2002 cuando para esa fecha subsistía la problemática relativa al manejo de los distribuidores, al tenor de lo pactado en la cláusula vigésima segunda de los contratos, no resulta exigible en su totalidad, pues con arreglo a los artículos 1592 y siguientes del Código Civil y 867 del Código de Comercio, la pena constituye una tasación anticipada de los perjuicios por el incumplimiento de la obligación (cláusula penal compensatoria) o por la mora (cláusula penal moratoria).

Sin embargo, el tribunal deja en claro que no obstante las vicisitudes y dificultades que surjan durante la ejecución de un contrato, de ninguna manera un contratante puede abandonarlo, como lo hizo el Consorcio CCIM el 18 de noviembre de 2002, cuando debió ejercer las acciones legales pertinentes ante las autoridades competentes para que estos otorgaran efectos a su imposibilidad de cumplir el contrato y las prestaciones de futuro cumplimiento.

En efecto, no debe olvidarse que los contratos obligan a su cumplimiento y que ninguna de las partes puede unilateralmente sustraerse al mismo.

Dada esta conducta que el tribunal califica de la mayor gravedad y, por esta circunstancia, considera que dicha penal pecuniaria debe dosificarse en forma proporcional conforme a lo establecido en la cláusula vigésima segunda de los contratos y a todas las circunstancias analizadas en este laudo y, por consiguiente, ordenará el reembolso de una suma equivalente a la mitad. La penal se aplicó en cuantía de \$1.420.311.003, el 50% equivale a \$710.155.015 y, por tanto, se reembolsará la suma de \$710.155.105 que actualizada con el IPC conforme a los índices de mayo de 2004 y 31 de octubre de 2005 asciende a la suma de \$754.539.799.

5. Pronunciamiento específico sobre las pretensiones.

5.1. Primera pretensión.

Esta pretensión prospera parcialmente al ser evidente el incumplimiento del deber de cooperación negocial y, por tanto, de las obligaciones de orden legal y contractual vinculadas al mismo, conforme al análisis efectuado en este laudo.

5.2. Segunda pretensión.

Esta pretensión no está llamada a prosperar, por cuanto, la Ley 80 de 1993 que consagra el principio de la equivalencia prestacional o el equilibrio económico del contrato no es aplicable para la definición de esta

controversia, en la medida en que este contrato se rige por el derecho privado y, además, la teoría de la imprevisión es improcedente, según lo analizado en este laudo.

5.3. Tercera pretensión.

Esta pretensión prospera parcialmente como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión, es decir, el incumplimiento de las obligaciones de orden legal y contractual vinculadas al principio de “cooperación negocial” y en lo relativo a la reparación del perjuicio se circunscribe al reconocimiento del “daño emergente”, esto es, a los costos real y efectivamente incurridos por el consorcio CCIM, en la proporción indicada en este laudo.

Los lineamientos normativos, doctrinarios, jurisprudenciales y los elementos probatorios existentes en proceso, permiten concluir al tribunal que ambas partes contratantes contribuyeron por igual a la ocurrencia del riesgo asumido por el Consorcio CCIM y a la continuación de los hechos que dieron lugar finalmente a la terminación del contrato, y tan censurable es la falta del uno como la del otro.

En efecto, el consorcio incurrió en culpa en la medida en que no manejó su negocio con la diligencia y cuidado que era de esperarse de un profesional conocedor de la actividad en la que se desempeñaba, y del entorno complejo en el que esta se tendría que desarrollar; por su parte, la fiduciaria y Ecopetrol, la primera en su condición de responsable de la ejecución de un encargo fiduciario que la obligaba a realizar con diligencia todas “las actividades necesarias para la ejecución del objeto contractual”, y la segunda en su condición de delegataria del cumplimiento de un cometido gubernamental y de miembro —minoritario— del comité directivo de la fiducia, incumplieron con sus obligaciones contractuales en tanto no hicieron todo aquello que razonablemente hubieran podido hacer para asegurar el debido desarrollo y la ejecución del objeto de los convenios.

En particular, inobservó el deber de buena fe y cooperación contractual en la adopción de las medidas razonables, eficientes y oportunas que dentro de la política regulatoria, el contenido obligacional derivado de esta e inserto en su contrato, le era exigible conforme al marco de circunstancias, para evitar la ocurrencia del riesgo y mitigar sus consecuencias nocivas para su cocontratante.

El tribunal, por lo tanto, es de la opinión de que ambas partes han de responder por las consecuencias de sus omisiones o incumplimientos antes mencionados, pues así se desprende de lo dispuesto en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

Ahora bien, en acápite anterior de este capítulo, el tribunal explicó cómo, a su juicio, buena parte de los problemas que se presentaron en la ejecución de los contratos celebrados entre la fiduciaria y el Consorcio CCIM tenían también su origen en los cambios ordenados por la Resolución CREG 048 de 2000, cambios que eran bien conocidos por el consorcio y cuyas consecuencias han debido ser analizadas por este.

En tales condiciones, es claro que en el presente caso confluyen dos circunstancias diferentes, pero complementarias, que son la causa de los perjuicios sufridos por el contratista: por una parte, la situación creada por el cambio en el volumen de los cilindros, riesgo este que, como antes se explicó, era conocido y fue asumido por el Consorcio CCIM, y en cuya ocurrencia nada tuvieron que ver ni Ecopetrol ni la fiduciaria, motivo por el cual las consecuencias atribuibles a tal situación han de ser corridas íntegramente por el demandante; y por la otra, la situación creada por la no entrega de cilindros por parte de los distribuidores, riesgo este cuyas consecuencias, tal como lo explicó el tribunal, han de ser corridas por igual por las dos partes: Ecopetrol y la fiduciaria por inobservancia de sus deberes de buena fe y cooperación contractual que le imponían adoptar medidas razonables, eficientes e idóneas para evitar su ocurrencia o mitigar sus efectos y, el Consorcio CCIM, por haberlo asumido y, también, por su actitud pasiva a propósito, en tanto y en cuanto, resulta conforme a los análisis normativos, fácticos y probatorios realizados, imputable a ambos.

La responsabilidad tiene por elementos constantes la causación de un daño y la relación de causalidad o en la terminología tradicional un acto ilícito, un daño y un nexo causal entre el acto y el daño. Si es contractual, además es menester la existencia de un contrato. El daño a más de directo y cierto debe demostrarse en su cuantía y ocurrencia.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, impera el principio de reparación integral

y, por consiguiente, la “reparación del daño debe dejar indemne a las personas, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o, al menos en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso” ⁽¹⁴⁰⁾, o en otros términos, “lo propio de la responsabilidad civil consiste en que se restablezca, lo más exactamente posible, el equilibrio destruido por el daño y que se coloque de nuevo a la víctima, a expensas del responsable, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera producido el acto dañoso” ⁽¹⁴¹⁾ o lo que es igual, comprende todo el daño causado ⁽¹⁴²⁾, las pérdidas sufridas y las ganancias frustradas por el incumplimiento del contrato ⁽¹⁴³⁾ en cuanto no sean eventuales ni contingentes.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de mayo 7, 1968, puntualizó:

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

En su demanda, el Consorcio CCIM solicita que se le reconozca por concepto de menores cantidades de trabajo la suma de \$ 14.794.196.648 cifra esta que está sustentada en el experticio elaborado por el Dr. José María del Castillo Hernández, el cual fue objetado por error grave por el apoderado de la demandada, objeción que no prosperó por los motivos que se explicaron en el capítulo correspondiente.

Considerando la pretensión formulada por el consorcio demandante en cuanto a la reparación del daño por “menores cantidades de trabajo”, el tribunal considera necesario recordar que desde el mismo proceso formativo del contrato no se indicaron ni pactaron cantidades fijas o determinadas, sino que se contrató un servicio variable, indeterminado y determinable conforme a los estimativos y proyecciones y a las necesidades reales de cambio, contemplándose el pago por los servicios real y efectivamente prestados, sin que pueda sostenerse que en efecto, se contrató ni las mismas ni la capacidad operativa para tal efecto.

En efecto, tal como se estableció en los términos de referencia ⁽¹⁴⁴⁾, la cláusula décima tercera, valor del contrato establece que es “indeterminado y será el que resulte de multiplicar los valores unitarios de la oferta de CCIM para la zona 1, los cuales se resumen en el anexo 1 a este contrato, por el número de servicios prestados (...)”; la décima cuarta, al consagrar la forma de pago, dispuso que los “servicios prestados se pagarán a CCIM mediante la presentación y aprobación de las facturas correspondientes a los trabajos o servicios realmente ejecutados en el período facturado y su valor será el que resulte de multiplicar el número de servicios realmente prestados por el valor unitario de los mismos, incluidos en el anexo 1 a este contrato y según el procedimiento establecido e incluido en los términos de referencia, previo el examen y la aprobación expresa de la interventoría de las cantidades de servicios prestados”.

Desde esta perspectiva, el tribunal, concluye que no hay lugar a reconocimiento alguno por menores cantidades de trabajo, pues, ni en el proceso prodrómico del contrato, ni en los términos de referencia, ni en la propuesta, ni en el contenido de los contratos, se pactaron cantidades fijas y determinadas cuyo pago deba hacerse con independencia de su real y efectiva prestación.

También para el tribunal, se excluye toda reparación del “lucro cesante”, ganancia, utilidad o beneficio esperado, no solo por la recíproca conducta de las partes en las consecuencias nocivas, sino porque, en tales condiciones, serían contingentes y eventuales y, el daño eventual no es susceptible de reparación en forma alguna ⁽¹⁴⁵⁾.

En efecto, el daño resarcible, por oposición al “eventual” debe ser “cierto”, actual o futuro, tema complejo tratándose de “perjuicios no consolidados” cuando además estos se asocian, como en el presente caso, con situaciones que no llegaron a materializarse.

Así, en lo tocante con los daños directos o indirectos, es punto obligatorio de partida señalar que conforme al artículo 1616 del Código Civil ⁽¹⁴⁶⁾, ausente estipulación contractual, el deudor solo responde por los perjuicios directos, entendiendo como tales los que son consecuencia necesaria y estricta de su obrar contrario a derecho.

A “*contrario sensu*”, el deudor no tiene responsabilidad cuando el daño no es producto cierto y forzoso de su conducta o, en otras palabras, carece de relación de causalidad, característica que, entonces, viene a constituirse en determinante para calificar como directo un perjuicio.

Por las razones explicadas, el tribunal considera que procede reparar el daño emergente en que incurrió el Consorcio CCIM, pero únicamente en forma parcial, por las razones ampliamente explicadas anteriormente y, para este propósito en la medida en que en el expediente no obran otros medios de prueba sobre el monto de dicho daño emergente diferentes a los que se desprenden del experticio rendido por el Dr. Del Castillo, el tribunal partirá para tal efecto de los costos fijos allí reportados —no los variables—, por cuanto dichos costos fijos, precisamente por el hecho de ser fijos, dan una luz clara sobre las erogaciones en que tuvo que incurrir el consorcio para efectos de estar en condiciones de cumplir con el contrato.

Así las cosas, el hecho de no recuperar esos costos fijos puede ser considerado, precisamente, como el daño emergente en el que incurrió el consorcio por virtud de lo aquí relatado.

En el dictamen pericial del Dr. José María del Castillo Hernández, cuya objeción no prosperó y, por tal virtud, el tribunal tendrá como ciertas las cifras consignadas en este, se indica que de “acuerdo con los contratos, desde el punto de vista financiero y contable, el Consorcio CCIM tuvo que incurrir en unos **costos fijos** (mano de obra, equipos, impuestos, parafiscales, seguros, administración, imprevistos e incluyendo las utilidades) de \$22.481.508.146 de los cuales solo facturó \$6.678.166.973”, motivo por el cual él considera que los costos fijos no recuperados ascienden a \$ 15.803.341.173 (negrilla fuera de texto).

En el mismo experticio el Dr. del Castillo explica cuáles son los conceptos que integran tales costos fijos. En el cuadro denominado “descomposición porcentual de los costos fijos reparación y reposición” que obra en el folio 000177 del cuaderno de pruebas 6 del demandante, se discriminan tales conceptos, así: mano de obra, 9.92%, equipos, 4.07%, impuestos, 2.44%, parafiscales, 0.6%, seguros, 0.32%, administración, 15.03%, imprevistos, 2.32%, y utilidad, 5.3%.

Ahora bien, el tribunal considera que el consorcio ha de ser resarcido por parte de los mencionados costos por cuanto sufrió perjuicios que no son totalmente imputables a él.

Así, en la medida en que el tribunal considera que la mitad el problema tuvo su origen en riesgos asumidos conscientemente por el consorcio, y la otra mitad del problema fue causado por motivos atribuibles por igual a la demandada y a la demandante, es decir, obedece a omisiones del consorcio y de la fiduciaria o Ecopetrol, es necesario concluir que el consorcio ha de ser resarcido en una proporción igual al 25% de los costos fijos en que incurrió, aun cuando con ciertos ajustes y exclusiones derivados de la composición de los mismos.

En efecto, a juicio del tribunal tiene sentido que el consorcio recupere tal proporción de los costos correspondientes a mano de obra, equipos, impuestos, parafiscales, seguros y administración en la proporción y por las razones ya mencionadas, por cuanto son costos directos atribuibles al proyecto; los costos denominados imprevistos y utilidades no deben ser resarcidos, por cuanto los primeros (imprevistos) son indeterminados y a estas alturas no deberían existir, y los segundos (utilidades) por cuanto no son realmente costos y por cuanto, como antes se explicó, corresponderían a un lucro cesante eventual que no procede reparar. De igual manera, el tribunal considera que no deben incluirse en el cálculo anterior aquellos costos que son fijos y que corresponden a otras pretensiones sobre las cuales ya se pronunció el tribunal, particularmente el correspondiente al software (\$ 196.412.879), que es el único fijo de los otros costos reclamados.

Ahora bien, el acuerdo de compromiso suscrito entre las partes establece que el Consorcio CCIM solamente podrá reclamar por concepto de “menores cantidades de trabajo” la suma de \$ 14.794.196.648.

Al examinar la determinación y cuantificación de este concepto, tanto el dictamen pericial del Dr. José María Del Castillo como la reclamación presentada por el Consorcio CCIM el 17 de septiembre de 2003, refieren expresamente a los costos, tal como se lee en el texto mismo de la reclamación mencionada, en la que se dice que ella concierne a “**costos fijos** (mano de obra, equipo, costos indirectos y AIU)” incurridos por el Consorcio CCIM.

En tales condiciones, para efectos de la reparación del daño emergente, el tribunal, de una parte, tomará los

“**costos fijos**” del Consorcio CCIM, especificados e incluidos en lo denominado “menores cantidades de trabajo” y, de otra parte, partirá de dicha cifra en la medida en que contiene una expresa limitación cuantitativa.

El tribunal deja absolutamente claro y reitera, en consecuencia, que no está resarciendo el daño pretendido de “menores cantidades de trabajo”, de obra o por obra dejada de realizar por el consorcio, conceptos estos sobre los que no procede resarcimiento alguno, ni respecto de los mismos se impone condena alguna, sino por costos fijos no recuperados.

Por tal razón, para efectos de la cuantificación del daño emergente, el tribunal, tomará exclusivamente los datos relacionados con los costos fijos explicados por la demandante, aplicará la limitación que se deriva del compromiso, calculará el 25% antes mencionado sobre esta cifra, y le descontará los conceptos que se explicaron, así:

- a) El 25% de \$14.794.196.648 equivale a \$ 3.698.549.162;
- b) A dicha cifra se le ha de descontar el 7.62% correspondiente a imprevistos, utilidades (\$ 281.829.446), y a los costos de desarrollo del software (\$196.412.879).
- c) La cifra resultante, que es el valor correspondiente al daño emergente por el cual proferirá el tribunal su condena, asciende a \$ 3.220.306.837.

El tribunal, por tanto, condenará a la parte demandada a pagar al demandante la cantidad de tres mil doscientos veinte millones trescientos seis mil ochocientos treinta y siete pesos (\$ 3.220.306.837), que equivale al 25% del total de los costos fijos reclamados, con las exclusiones y deducciones expresadas.

El valor mencionado se actualizará a partir de la fecha de las actas de liquidación de los contratos hasta el día del laudo, teniendo como base el último índice certificado por el DANE, esto es desde mayo 5 de 2004 (151.17) hasta octubre 31 de 2005 (160.63), lo que determina un índice de 1.0625. Dicho índice, multiplicado por \$ 3.220.306.837 arroja un total de \$3.421.576.014.

Sobre esta cifra no se reconocerán intereses de ninguna naturaleza, al no ser dable el pago de una indemnización por intereses respecto de una obligación que a lo sumo se encontraba controvertida, y que en todo caso se determina en este laudo.

En ese sentido, no se debe olvidar que el asunto es cognitivo y la sentencia que se profiera es constitutiva, esto es, constituye la obligación de pagar.

A propósito la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante Sentencia de 29 de septiembre de 1984 (G.J. Tomo CLXXVI pág. 288), ha expresado:

“Como en el caso presente la obligación a cargo del banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla”.

“Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación”.

En sentencia de 10 de junio de 1995, expediente 4540, esa misma corporación puntualizó:

“En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida’ (ver además, sentencia casación 27 de agosto de 1930, G.J. T. XXXVIII, pág. 128).

Al tenor de los artículos 1615 y 1617 en consonancia con el artículo 1608 del Código Civil, los intereses de mora

presuponen la presencia de la mora, o sea, al retardo injustificado en el cumplimiento de la prestación de plazo esencial o cierto que tratándose de obligaciones pecuniarias supone la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible o vencida de pagar una cantidad líquida o liquidable, y en los demás casos, el requerimiento judicial del acreedor.

Las dos primeras hipótesis consagradas en el artículo 1608 del Código Civil —obligación de plazo esencial o cierto— no se presentan en la situación fáctica controvertida, porque la existencia misma de la obligación en cuanto a los eventos comprendidos en la cláusula 81 y su cuantía se constituyen con la sentencia suprimiendo su duda e incertidumbre.

En cuanto a la última, con arreglo al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, la “notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”, precepto este aplicable cuando se trata de obligaciones existentes, claras y controvertidas injustificadamente por el deudor, mas no respecto de aquellas que requieren de un pronunciamiento judicial previo para constituir las, en cuyo caso, solo desde su constitución y determinación puede estructurarse la mora⁽¹⁴⁷⁾.

Como se desprende de las sentencias de 29 de septiembre de 1984 y de 10 de junio de 1995 de la Corte Suprema de Justicia, no hay lugar a la mora cuando la obligación es incierta en sí misma y en su cuantía, mas no cuando existiendo de manera injustificada el deudor rehúsa su cumplimiento oportuno y, por ello, la sola existencia de un proceso en el cual se controvierta la obligación, no es criterio general aceptable para excluirla.

Dentro de las condenas se incluye también el reembolso de la suma de \$217.733.332 por la indebida imposición de la multa, según los análisis realizados en esta providencia y por las razones expuestas, que actualizada con los índices de mayo de 2004 (fecha de las actas de liquidación) y 31 de octubre de 2005, asciende a \$ 231.341.665. Así mismo, el reembolso del 50% de la penal pecuniaria impuesta en el acta de liquidación de los contratos, esto es, la suma de \$ 710.155.105, que actualizada con el IPC conforme a los índices de mayo de 2004 y 31 de octubre de 2005 asciende a la suma de \$ 754.539.799.

Por lo expuesto en su lugar no prosperan las pretensiones relacionadas con “menores cantidades de trabajo” por la suma de \$ 14.794.196.648 en cuanto el contrato no contiene cantidades de trabajo fijas y determinadas sino indeterminadas, variables y determinables pagaderas por las cantidades real y efectivamente ejecutadas, y en su lugar procede la indemnización por daño emergente explicada anteriormente.

Tampoco proceden la pretensiones relacionadas con reajuste por materiales por \$ 1.253.440.345; transporte orden público \$ 43.506.145; pruebas neumáticas \$ 939.931.952; no entrega aplicativo (software) \$ 196.412.879; Destrucción Cilindros & Chatarra \$ 51.435.148 por un total de \$ 18.916.967.452, todas las cuales se niegan.

Habiendo prosperado parcialmente la pretensión tercera principal, no hay lugar a despachar la pretensión subsidiaria formulada.

5.4. Cuarta pretensión.

Esta pretensión se niega en lo relativo al incumplimiento de las obligaciones concernientes al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por cuanto la Ley 80 de 1993 no es aplicable y, prospera parcialmente en lo pertinente al reconocimiento de los perjuicios ya mencionados.

5.5. Quinta pretensión.

Esta pretensión prospera única y exclusivamente en cuanto a la actualización de las sumas dinerarias en que se concretan los perjuicios reconocidos al consorcio, mas no respecto de los intereses moratorios que se niegan.

5.6. Sexta pretensión.

El tribunal condenará al pago de las sumas dinerarias en que se concretan los perjuicios reconocidos al consorcio CCIM y, por consiguiente, no es admisible la inclusión de las mismas en el acta de liquidación, pues lo procedente

es la condena a la reparación de los daños reconocidos.

5.7. Séptima pretensión.

Esta pretensión será negada, por cuanto, las condenas impuestas habrán de pagarse con cargo a los recursos del margen de seguridad del GLP.

En efecto, como una consideración final, quiere el tribunal hacer explícito, que por la condición especial que tiene la integración de la parte convocada, donde Ecopetrol, parte sustantiva en los contratos y parte procesal vinculada en este proceso, actuó como delegado del Ministerio de Minas y Energía para la administración de los recursos del margen de seguridad del GLP, y a su vez, como representado por la fiduciaria, y ante la pretensión explícita de tener que pronunciarse sobre el centro de imputación patrimonial con cargo a la cual deben hacerse los pagos que surgen de este laudo, indicará en la parte resolutive que ellos se hagan con cargo a los recursos del margen de seguridad del GLP, que es una cuenta independiente del patrimonio propio de Ecopetrol.

Ello debe ser así, por cuanto los contratos celebrados con los miembros del consorcio CCIM son actos que desarrollan el cumplimiento del encargo fiduciario, que se celebró con la fiduciaria por un administrador de recursos ajenos, de lo que se desprende que es imperativo aplicar el principio esencial en los contratos de gestión en beneficio y por cuenta de otro, según el cual el intermediario gestor no puede resultar beneficiado ni perjudicado con el resultado de la gestión encomendada⁽¹⁴⁸⁾, efectos todos que deben recaer finalmente, por vía directa, en el caso de la representación, o por vía indirecta, en el evento de la gestión en nombre propio pero por cuenta y en beneficio ajeno, en el patrimonio del interesado final o beneficiario real de dichas operaciones. Es ese exclusivamente ámbito de relaciones que se han sometido a este tribunal y sobre las que puede pronunciarse.

Finalmente, el tribunal quiere dejar en claro que sus pronunciamientos en materia de responsabilidad son aplicables exclusivamente en relación con las partes en esta controversia, pero no pueden entenderse como juzgadas en este laudo las responsabilidades que pudieran derivarse de eventuales incumplimientos del contrato de encargo fiduciario suscrito entre Ecopetrol y la fiduciaria, o de la relación jurídica que se derive de la delegación que realizó el Ministerio de Minas y Energía.

5.8. Octava pretensión.

Esta pretensión se niega por improcedente y, en su lugar, se ordenará a Ecopetrol cumplir el laudo arbitral a partir de su ejecutoria.

5.9. Novena pretensión.

Esta pretensión es procedente y, por tanto, se condenará a Ecopetrol a pagar los intereses comerciales moratorios sobre las sumas decretadas por el tribunal, a partir de la ejecutoria y hasta el día del pago total.

5.10. Décima pretensión.

El tribunal no impondrá condena en costas por lo que se explica con posterioridad y, por tanto, esta pretensión se niega.

IV. Las excepciones perentorias

El tribunal pasa a ocuparse de las excepciones propuestas por la parte convocada, en desarrollo de las consideraciones que se han hecho hasta el momento:

1. Incumplimiento del consorcio y legalidad de las decisiones adoptadas por la fiducia.

Prosperan parcialmente, por cuanto, como se indicó en las consideraciones, se demostró que el consorcio si bien no dio cumplimiento a la totalidad de las prestaciones a las que se obligó en los contratos, sí satisfizo varias de ellas.

También se analizó en la parte pertinente de esta providencia, como la fiduciaria en el transcurso de la vida de los

contratos, tanto por la acción como por la omisión, incurrió en conductas que no se ajustan a la legalidad, en cuanto se transgredieron los contratos, hasta el punto que fueron el motivo de la declaración de condena a favor de la parte convocante.

Igualmente, se ha expresado que la primera multa impuesta es improcedente y la penal pecuniaria, solo procede parcialmente por las razones expresadas.

2. Legalidad de las previsiones contenidas en los términos de referencia de la solicitud de ofertas GLP-01-2001 y en el clausulado de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001.

El tribunal admite la procedencia de esta excepción, ante el evento de que no encontró el tribunal ni se alegó la existencia de alguna causal de invalidez de tales previsiones.

3. Imposibilidad de sustraerse a los riesgos asumidos por parte del consorcio.

Prospera la excepción por los motivos expuestos en la parte considerativa, en los que se reconoció la validez de los reconocimientos que en este sentido hizo en los contratos la parte convocante en este trámite arbitral.

4. Improcedencia de alegar la teoría del equilibrio financiero del contrato.

Prospera la excepción, en el entendido de que por tratarse de contratos regidos por el derecho privado, la institución jurídica creada legalmente en la Ley 80 de 1993 no es aplicable en este proceso, advirtiendo que su referente en el derecho privado, la teoría de la imprevisión, no es de recibo después de que los contratos han dejado de estar vigentes.

5. Inimputabilidad de Ecopetrol frente a los perjuicios reclamados por el consorcio.

No prospera esta excepción, desde el marco de interpretación antes indicado, en el sentido que el sujeto contractual y procesal en este asunto es Ecopetrol, no obstante se deja la advertencia de que por las razones explicadas, la imputabilidad de Ecopetrol no se refleja en una condena que afecte su propio patrimonio sino que ella afectara los recursos de la cuenta separada que refleja la existencia de los recursos del margen de seguridad del GLP.

6. Inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión y error de oferta del consorcio.

Prospera, por cuanto como se indicó la teoría de la imprevisión no procede cuando los contratos han dejado de estar vigentes. No prospera en lo que se refiere al error de oferta, pues no se ha evidenciado que haya un vicio del consentimiento en la etapa prearbitral.

7. Cumplimiento de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001.

Esta excepción prospera parcialmente, por cuanto de conformidad con lo expresado en la parte considerativa, Ecopetrol no dio cumplimiento a la totalidad de las prestaciones derivadas como deber jurídico a su cargo en el contrato.

8. La genérica.

Este enunciado general no tiene la entidad suficiente para ser atendido como una excepción, por cuanto adolece de las condiciones mínimas en torno de las cuales pueda hacerse un juzgamiento, esto sin perjuicio de la constancia que se deja en el sentido que no ha encontrado el tribunal que se hubiera probado algún hecho del que se derive alguna de las excepciones que la ley autoriza al juez a declarar de oficio.

3. Costas.

Como quiera que en el presente trámite arbitral prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, así como las excepciones propuestas a las mismas, no hay lugar a condenar en costas a las partes.

4. Parte resolutiva.

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de arbitramento, administrando justicia, por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial financiero rendido por el doctor José María del Castillo, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO. Respecto de las excepciones perentorias:

1. Se reconoce fundamento parcial a las excepciones denominadas “incumplimiento del consorcio y legalidad de las decisiones adoptadas por la fiducia”; “Inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión” y “cumplimiento de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001”, las cuales prosperan en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

2. Se reconoce fundamento total a las excepciones denominadas “legalidad de las previsiones contenidas en los términos de referencia de la solicitud de ofertas GLP-01-2001 y en el clausulado de los contratos ECP-Z1-2001, ECP-Z2-2001, ECP-Z3-2001, ECP-Z4-2001, ECP-Z5-2001, ECP-Z6-2001, ECP-Z7-2001 y ECP-Z8-2001”; “imposibilidad de sustraerse a los riesgos asumidos por parte del consorcio” e “improcedencia de alegar la teoría del equilibrio financiero del contrato”, las cuales prosperan en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

3. No se reconoce fundamento a las restantes excepciones que no prosperan y, en consecuencia, se deniegan.

TERCERO. Declárese que con ocasión de la celebración y durante la ejecución de los contratos GLP-ECP-Z1, Z2, Z3, Z4, Z5, Z6, Z7 y Z8, suscritos el 30 de marzo de 2001, entre Ecopetrol y CCIM para el desarrollo de las tareas de recolección, transporte, reparación, destrucción y reposición de cilindros y válvulas utilizados para la distribución y almacenamiento de GLP para uso doméstico industrial y comercial, Ecopetrol - directamente y a través de quien lo representaba - incumplió parcialmente sus obligaciones de orden legal y contractual.

CUARTO. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a Ecopetrol S.A. a pagar al Consorcio CCIM, a partir de la ejecutoria del laudo arbitral y con cargo a los recursos del margen de seguridad del GLP, la suma total ya actualizada con base en los índices de precios al consumidor (IPC), de cuatro mil cuatrocientos siete millones cuatrocientos cincuenta y siete mil cuatrocientos setenta y ocho pesos (\$ 4.407.457.478) moneda legal colombiana a título de perjuicios, de conformidad y por lo expuesto en la parte motiva, discriminada así:

A título de daño emergente: \$ 3.421.576.014

A título de reembolso de la multa impuesta: \$ 231.341.665

A título de devolución parcial de la cláusula penal: \$ 754.539.799

Total: \$ 4.407.457.478

QUINTO. Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO. Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO. En firme este laudo, protocolícese por el presidente del tribunal en una notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

OCTAVO. Prevéngase a Ecopetrol S.A., que el pago de las sumas de dinero ordenadas en este laudo, deberán atenderse teniendo en cuenta los oficios emitidos por los juzgados doce, dieciséis y veintisiete civil del circuito y

cincuenta y ocho civil municipal de la ciudad de Bogotá, relacionados con los embargos decretados de los derechos económicos del Consorcio CCIM, así como de las sociedades miembros del consorcio.

NOVENO. Expedir, copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes y a la representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancia de ley (CPC, art. 115-2).

Notifíquese.

Magistrados: *Carlos Eduardo Manrique Nieto*, Presidente—*Carlos Gustavo Arrieta Padilla*—*William Namén Vargas*.

Germán Alonso Gómez Burgos, Secretario.
