

Tribunal de Arbitramento

Exconvial Ltda.

v.

Dragados Internacional de Pipelines - DAIP S.A. (hoy Mantenimiento y Montajes Industriales Masa S.A. sucursal Colombia en liquidación)

Junio 17 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., junio 17 de 2005

## **1. Capítulo primero**

### **Antecedentes del trámite arbitral**

1.1. El 4 de mayo de 1998, la sociedad Exconvial Ltda. (en adelante “Exconvial” o el “contratista”) celebró con Dragados Internacional de Pipelines, DAIP S.A. (en adelante “DAIP S.A.” o el “contratante”) el contrato de apertura del derecho de vía DAIP P.O. 802/0-0010-98 y el 2 de junio de 1998 el contrato de apertura de zanja DAIP P.O. 802/0-0014-98 (en adelante los “contratos”).

1.2. En las cláusulas cuadragésima segunda del subcontrato de apertura de zanja DAIP P.O. 802/0-0014-98 y del subcontrato de apertura del derecho de vía DAIP P.O. 802/0-0010-98 se estipuló:

“Cualquier controversia que se genere con motivo del desarrollo del presente subcontrato [o contrato] será resuelta por un tribunal de arbitramento que decidirá en derecho. El tribunal de arbitramento será conformado por tres miembros que serán nombrados de común acuerdo entre las partes, en caso de no existir un acuerdo serán nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal sesionará en Bogotá siguiendo las normas y procedimientos para ello establecidas en la Cámara de Comercio de Bogotá, aplicables al desarrollo del mencionado arbitramento”.

1.3. El 1º de marzo del 2004, la sociedad Exconvial, por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de dirimir el conflicto suscitado con DAIP S.A. respecto de los contratos.

1.4. El 8 de junio del 2004, el tribunal admitió la solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento y procedió a notificar el auto admisorio de esa solicitud a la sociedad DAIP S.A., corriendole traslado de la demanda, según lo previsto por el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

1.5. El 28 de junio del 2004, mediante apoderado judicial, la convocada contestó la demanda ante el tribunal y propuso excepciones de mérito.

1.6. El apoderado de Exconvial descorrió, oportunamente, el traslado de las excepciones propuestas a la demanda principal, solicitando pruebas adicionales.

1.7. El 8 de julio del 2004 se citó a las partes para la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 2 de agosto del 2004 y fue declarada fracasada por el tribunal en razón a la falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

## **2. Capítulo segundo**

### **El proceso arbitral**

#### **2.1. Demanda.**

##### **2.1.1. Síntesis de los hechos en que se sustenta la demanda.**

2.1.1.1. DAIP S.A. participó en la licitación GTL-004-97, cuya finalidad era contratar las obras de construcción del poliducto de oriente para la construcción de la infraestructura necesaria para transportar gasolina desde la Estación Sebastopol hasta el municipio de Tocancipá.

2.1.1.2. El 24 de diciembre de 1997 Ecopetrol y DAIP S.A., como miembro de la Unión Temporal DMC, celebraron el contrato VIT-021 de 1997.

2.1.1.3. Al interior de la Unión Temporal DMC se decidió que DAIP S.A. ejecutaría las obras comprendidas entre el kilómetro 100 y el 271.

2.1.1.4. DAIP S.A. dividió su tramo en tres frentes de trabajo: el frente I del PK 100 al PK 141, el frente II del PK 141 al PK 185, y el frente III del PK 185 al PK 271.

2.1.1.5. DAIP S.A. decidió subcontratar parte de la ejecución de los trabajos con otras empresas para lo cual solicitó ofertas económicas. Entre estas empresas se encontraba Exconvial Ltda.

2.1.1.6. A partir del 5 de marzo de 1998, Exconvial remitió a DAIP S.A. diversas ofertas de contrato para la ejecución del contrato en el sector II del poliducto de oriente.

2.1.1.7. DAIP S.A. aceptó la oferta de Exconvial para la realización de la apertura del derecho de vía en el frente 2 del sector II del poliducto de oriente.

2.1.1.8. En virtud de lo anterior, DAIP S.A. y Exconvial procedieron a celebrar los contratos que enumeran a continuación:

- Apertura derecho de vía frente 2 sector II; del 4 de mayo de 1998 por una valor de \$ 1.822.454.351, valor que posteriormente fue disminuido por imposición de DAIP S.A.
- Apertura de zanja frente 2 sector II; de junio 2 de 1998 por un valor de \$ 115.080.000.
- Tapado frente 2 sector II; del 25 de agosto de 1998 por un valor de \$ 118.800.000.
- Reconformación frente 2 sector II, del 25 de agosto de 1998 por un valor de \$ 110.000.000.

2.1.1.9. Por equivocación de DAIP S.A. la información sobre las cantidades de obra a ejecutar que suministró a Exconvial para el contrato de apertura del derecho de vía frente 2 sector II, implicó que el precio inicialmente pactado de \$1.800.022.454.351 correspondiera en realidad a la suma de \$ 599.000.500, teniendo en cuenta los trabajos a ejecutar. Para subsanar este error las partes suscribieron el 19 de agosto de 1998 un acuerdo en virtud del cual se convino: (i) disminuir el valor del contrato; (ii) conceder a Exconvial contratos para el suministro de materiales, así como la ejecución del tapado y la reconformación del terreno del frente 3 del sector II del poliducto de oriente; y (iii) que Exconvial renunciaría a cualquier reclamo derivado en la disminución de cantidades en el contrato de apertura de vía.

2.1.1.10. Las labores de apertura de derecho de vía en el frente 2 del sector II, entre el PK 153+874 y el PK 168+764, debían iniciarse el 27 de julio de 1998, pero solo hasta el 4 de noviembre de 1998 Ecopetrol y DAIP S.A. obtuvieron el acuerdo completo con Ocensa para que la Unión Temporal DMC pudiera adelantar trabajos en el referido sector ubicado en terrenos donde se encontraban construidas otras tuberías de propiedad de Ocensa (corredor compartido); por consiguiente, solo hasta la mencionada fecha Exconvial pudo iniciar las labores contratadas.

2.1.1.11. Ante la situación contemplada en el hecho anterior, Exconvial “saltó” la totalidad de la longitud del corredor compartido y continuó con las obras de adecuación del terreno y de la apertura de derecho de vía a partir del PK 168+764 hasta llegar al comienzo del frente 3 sector II donde las labores de apertura del derecho de vía se estaban adelantando por medio de otro subcontratista denominado Coinpetrol Limitada.

2.1.1.12. El 25 de septiembre de 1998, Exconvial finalizó los trabajos de adecuación del terreno y apertura del derecho de vía entre el PK 168+764 y el PK 185+000. En dicha fecha Exconvial hubiera debido dar comienzo a las

actividades del corredor compartido, pero no lo pudo hacer por no contar con la autorización de Ocensa.

2.1.1.13. La demora o improductividad del grupo de trabajo por la espera de 40 días para continuar con las actividades del frente II, implicó demoras subsiguientes en los equipos técnicos y en las actividades sucesoras de la construcción del poliducto, situación que llevó a que Exconvia sufriera perjuicios por el contrato de apertura del derecho de vía, así como, los demás subcontratistas que realizaban las actividades sucesoras de zanjado, tapado y reconformación.

2.1.1.14. Los perjuicios sufridos por Exconvia fueron los siguientes:

- Saltos de maquinaria que corresponden a los sobrecostos de transporte y espera en que incurrió Exconvia para llevar los equipos y el personal para las obras del corredor compartido.
- Costos de espera que corresponden a los costos de personal y equipo inactivo que tuvo que soportar Exconvia en sus diversos subcontratos.
- Mayor permanencia que corresponden a las consecuencias económicas de todo orden que tuvo sobre la duración de los subcontratos y sobre el patrimonio de Exconvia, la imposibilidad de iniciar oportunamente actividades.

2.1.1.15. Igualmente Exconvia tuvo que sufrir otros sobrecostos en la ejecución del contrato de apertura de derecho de vía, estos son:

- Sobrecostos en la instalación de pontones: por la imposición de Ecopetrol de construir puentes provisionales para el paso de equipos y personal que no estaba prevista en los pliegos de condiciones ni en los contratos.
- Sobrecostos por mayor dificultad a la prevista en la apertura del derecho de vía.
- Sobrecostos en los contratos de tapado por mayor volumen de la zanja.

2.1.1.16. Mediante diversas comunicaciones enviadas a DAIP S.A., Exconvia puso de presente los perjuicios que había tenido que afrontar y que le impedían continuar con el proyecto. DAIP S.A. en vez de proceder al inmediato re establecimiento, anunció la terminación de los contratos suscritos, pero en lugar de proceder con su terminación y liquidación DAIP S.A. mantuvo a Exconvia vinculada al proyecto mediante diversas formas, obligándolo a mantener los equipos en la zona de trabajo y a mantener la vinculación de Exconvia con sus proveedores.

2.1.1.17. A pesar de lo anterior DAIP S.A. solicitó y obtuvo de Ecopetrol un re establecimiento del contrato estatal por los perjuicios que había tenido que soportar Exconvia, en efecto DAIP S.A. recibió dineros de Ecopetrol por los siguientes conceptos:

- Según acta del 6 de marzo del 2000, por construcción de puentes temporales \$ 31.638.865.
- Según acta de liquidación del contrato 021 de 22 de julio del 2000 por costos de apertura en el derecho de vía no previsto, por saltos de maquinaria en el derecho de vía compartido con Ocensa y por mayor volumen de barreras en zanja un total de \$ 323.725.780.

2.1.1.18. Es un hecho comprobado que DAIP S.A. recibió de Ecopetrol dineros correspondientes al resarcimiento de perjuicios que en verdad eran soportados por Exconvia, es decir recibió dinero para cubrir costos y sobrecostos en los que nunca incurrió. DAIP S.A. en lugar de proceder a entregar estos dineros a quien había soportado los perjuicios, los guardó para sí y en consecuencia incurrió en enriquecimiento sin causa.

2.1.1.19. DAIP S.A. se encuentra adelantado (sic) el tribunal de arbitramento (hoy terminado) en contra de Ecopetrol para obtener entre otras cosas el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal roto, como consecuencia de las demoras en el inicio de las obras en el corredor compartido.

2.1.1.20. En derecho los dineros reconocidos a DAIP S.A. por este concepto deben ser entregados a Exconvia quien fue quien realmente sufrió los perjuicios. DAIP S.A. ha utilizado el procedimiento arbitral para enriquecerse sin justa causa a expensas de Exconvia.

## **2.1.2. Pretensiones.**

Las pretensiones según la demanda son las siguientes:

2.1.2.1. Que se declare que DAIP S.A. incumplió los contratos para la apertura del derecho de vía, zanjado, tapado y reconformación final del frente 2 sector II suscritos con Exconvial Ltda.

2.1.2.2. Que se declare que en desarrollo de los contratos suscritos entre Exconvial y DAIP S.A. ocurrieron hechos externos al subcontratista, imprevistos imprevisibles no imputables a la convocante que afectaron al subcontratista en el cumplimiento de sus obligaciones causándole graves perjuicios económicos.

2.1.2.3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a DAIP S.A. a indemnizar y/o compensar a favor de Exconvial los perjuicios y/o sobrecostos de todo orden causados en razón o con ocasión de los hechos de esta demanda, incluyendo entre otros, los daños directos o indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante.

2.1.2.4. Que se declare que con ocasión de los hechos narrados en la presente demanda DAIP S.A. se ha enriquecido sin causa, con detrimento del patrimonio de Exconvial, enriquecimiento que corresponde a los siguientes conceptos:

- Por valor equivalente a las sumas que DAIP S.A. ha cobrado a Ecopetrol y que corresponden a perjuicios sufridos exclusivamente por Exconvial originados en la ejecución de obras del poliducto de oriente.
- Por el equivalente a las sumas que DAIP S.A. pretende cobrar a Ecopetrol y que corresponden a perjuicios sufridos exclusivamente por Exconvial originados en la ejecución de obras del poliducto de oriente.

2.1.2.5. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a DAIP S.A. a pagar a Exconvial las sumas o valores en que se ha enriquecido sin causa y restablezca el patrimonio de la convocante en la misma medida.

2.1.2.6. Que el tribunal liquide los subcontratos, acuerdos y negocios jurídicos suscritos entre DAIP S.A. y Exconvial, a que hace referencia la presente demanda y establezca los créditos a favor de la sociedad convocante, e incluya entre ellos la totalidad de los sobrecostos, perjuicios y compensaciones a que haya lugar.

2.1.2.7. Consecuencialmente, que el tribunal condene a DAIP S.A. a las sumas que resulten de la liquidación impetrada en la pretensión anterior.

2.1.2.8. Que con el fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo del dinero y el costo financiero del mismo, el monto indemnizatorio y/o la compensación por los sobrecostos decretados por el honorable tribunal, como todas las sumas que resulte deber la demandada a la parte demandante, se les aplique la tasa de interés legal más alta a la que haya lugar desde el momento de la ocurrencia de los daños y el nacimiento de la obligación y hasta la fecha del laudo. La tasa que el honorable tribunal considere deberá incluir la corrección monetaria.

2.1.2.9. Que se condene a DAIP S.A. al pago de las costas del proceso arbitral y a las agencias en derecho.

## **2.2. Contestación a la demanda.**

### **2.2.1. Respecto de los hechos.**

El apoderado de la convocada, al contestar la demanda, negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos y frente a otros manifestó no constarle.

### **2.2.2. Respecto a las pretensiones.**

Las rechaza todas y cada una de ellas y solicita se condene en costas y gastos del proceso a la parte actora.

### **2.2.3. Excepciones.**

Con la contestación de la demanda, el apoderado de la demandada propuso las siguientes excepciones de mérito,

de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron.

2.2.3.1. Cumplimiento de las obligaciones de DAIP S.A.

2.2.3.2. Excepción de contrato no cumplido.

2.2.3.3. Hecho de un tercero como eximiente de la responsabilidad de DAIP S.A.

2.2.3.4. Ausencia de supuestos materiales para aplicar la teoría de la imprevisión.

2.2.3.5. Inexistencia de enriquecimiento sin causa.

2.2.3.6. Inexistencia de perjuicio.

2.2.3.7. Compensación.

### **3. Capítulo tercero**

#### **Desarrollo del trámite arbitral**

##### **3.1. Instalación.**

El día 12 de mayo del 2004, el tribunal fue debidamente integrado por los doctores Fernando Sarmiento Cifuentes, Luis Guillermo Dávila Vinueza y Mauricio Ramírez Franch y en la instalación fue elegido como Presidente el doctor Fernando Sarmiento Cifuentes. A su turno, los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente consignados por las partes en la proporción que les correspondía.

La primera audiencia de trámite se celebró el 2 de agosto del 2004, fecha en la cual el tribunal asumió competencia.

El 2 de agosto del 2004 el tribunal decretó pruebas.

Por lo anterior, y por encontrarse reunidos los presupuestos procesales, el tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para lo cual se encuentra en término, conforme al artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, habida cuenta que la primera audiencia de trámite finalizó el 2 de agosto del 2004 y el término fue suspendido de común acuerdo por las partes en cuatro oportunidades, así: (i) entre el 24 de agosto del 2004 y el 5 de septiembre del 2004, ambas fechas incluidas, (ii) entre el 16 de octubre del 2004 y el 27 de octubre del 2004, ambas fechas incluidas, (iii) entre el 10 de diciembre del 2004 y el 20 de enero del 2005, ambas fechas incluidas, y (iv) entre el 16 de marzo del 2005 y el 10 de junio del 2005.

##### **3.2. Pruebas.**

Mediante Auto 8 de fecha 2 de agosto del 2004, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que cumplían con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

- Los peritos designados para rendir el dictamen pericial solicitado por las partes convocante y convocada fueron posesionados el 2 de agosto del 2004, día en el cual se le indicó la fecha de la entrega del correspondiente dictamen, la cual fue fijada para el 6 de septiembre del 2004.
- Testimonio de Juan Mauricio Cufiño Peña llevado a cabo el día 21 de septiembre del 2004.
- Testimonio de Rafael Ortiz Obando llevado a cabo el día 21 de septiembre del 2004.
- Interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad convocada llevado a cabo el día 12 de agosto del 2004.
- Por otra parte, fueron enviados todos y cada uno de los oficios que fueran solicitados y decretados como pruebas y sus respuestas fueron incorporadas al expediente.

- Adicionalmente, se tuvieron como pruebas trasladadas las solicitadas por la convocante y que fueran decretadas y practicadas en el proceso arbitral de Unión Temporal DMC contra Ecopetrol.
- De igual forma, se tuvieron en su valor legal los documentos debidamente allegados al proceso.

### **3.2.1. Sobre la tacha de un testigo.**

Procede el tribunal a resolver la tacha de sospecha presentada por el apoderado de DAIP S.A. frente al testimonio del señor Mauricio Cufiño Peña. Sobre el particular se debe destacar que de conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, la tacha de los testigos exige que quien ejerce esa facultad allegue las pruebas en que sustenta la referida tacha, ya sea presentando los documentos demostrativos de los hechos que la soportan, ya sea presentando la solicitud de prueba relativa a esos hechos.

Pero haciendo abstracción de la referida consideración probatoria, el tribunal considera que la circunstancia por la cual se quiere calificar como sospechosa la declaración del señor Mauricio Cufiño Peña, relativa a que DAIP S.A. diera inicio a investigaciones ante la Procuraduría General de la Nación contra el testigo, no es un antecedente, que por sí solo, afecte la imparcialidad e independencia del testimonio y afecten su credibilidad, sino que es necesario probar los hechos constitutivos que demuestren la sospecha.

En este caso, el tribunal observa que el requisito legal para demostrar la tacha no se cumplió, pues en realidad no se allegaron al expediente pruebas que permitan descalificar la declaración del citado señor Cufiño Peña o que lo lleven a considerarlo como un testigo sospechoso. Por consiguiente se requiere valorar la consistencia integral de la declaración en sí misma considerada y en relación con las demás piezas probatorias.

En consecuencia, la tacha de sospecha del testigo no habrá de prosperar.

### **3.2.2. Sobre la objeción por error grave al dictamen financiero formulado por la parte convocada.**

En escritos del 12 de septiembre y del 12 de octubre del 2004, el apoderado de DAIP S.A. presentó objeciones por error grave contra dictamen pericial económico y financiero rendido por el perito José María del Castillo Hernández. En su escrito de objeción el apoderado de DAIP S.A. no solicitó prueba alguna para probar el error grave, simplemente manifiesta sus inconformidades sobre la metodología, fundamento utilizado y contradicciones en las que ha incurrido el perito para llegar a sus conclusiones.

Teniendo en cuenta el dictamen pericial rendido por el perito José María del Castillo Hernández y sus aclaraciones y complementaciones, el tribunal considera que las razones planteadas por el apoderado de DAIP S.A., como objeto constitutivo de error, no son motivos suficientes para que el referido dictamen pericial sea desestimado integralmente como prueba en el presente proceso. De esta manera el tribunal, requiere valorar el peritaje rendido en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, para que, de esta manera el tribunal tenga el criterio suficiente para adoptar una decisión sobre la controversia.

En virtud de lo expuesto, la objeción por error grave, presentado por DAIP S.A., al dictamen rendido por el perito José María del Castillo Hernández no habrá de prosperar.

### **3.2.3. Sobre la objeción por error grave al dictamen de ingeniería formulado por la parte convocada.**

En escrito de 12 de octubre del 2005, el apoderado de DAIP S.A. presentó objeción por error grave contra el dictamen pericial técnico de ingeniería rendido por el perito Carlos Fernando Luna Ríos.

En su escrito de objeción el apoderado de DAIP S.A. solicitó la práctica de un nuevo dictamen pericial, el cual fue rendido por el ingeniero Jorge Torres Lozano, entre otras pruebas. Adicionalmente, el escrito plantea las razones por las cuales DAIP S.A., considera que el perito incurrió en error al rendir su dictamen.

Teniendo en cuenta el dictamen pericial rendido por el perito Carlos Fernando Luna Ríos y sus aclaraciones y complementaciones, así como, el dictamen rendido por el perito Jorge Torres Lozano, el tribunal considera que el dictamen pericial inicial tiene imprecisiones en cifras y tiempos que son clarificadas por el peritaje de la objeción pero en ningún momento constituyen un error grave que hagan al tribunal desestimar integralmente como prueba

para los efectos del presente proceso. Por esta razón, el tribunal obrando de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, valorará en conjunto el peritaje del señor Carlos Fernando Luna Ríos con el peritaje rendido por el perito Jorge Torres Lozano y las demás pruebas que obran en el expediente con el propósito de formar su criterio para adoptar una decisión sobre la controversia.

En virtud de lo expuesto, la objeción por error grave, presentado por DAIP S.A. al dictamen rendido por el perito Carlos Fernando Luna Ríos, no habrá de prosperar.

### **3.3. Audiencia de conciliación y alegatos de conclusión.**

El 9 de diciembre del 2004 tuvo lugar la audiencia de conciliación de que trata el artículo 101 de la Ley 446 de 1998. Concluida la anterior, y vista la imposibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo, se procedió a celebrar la audiencia de alegatos de conclusión que tuvo lugar el mismo día.

### **3.4. Cambio de nombre de la parte convocada.**

El 13 de junio del 2005, el apoderado de Exconvia informó al tribunal que la parte convocada había cambiado de razón social por el de “Mantenimiento y Montajes Industriales Masa S.A. sucursal Colombia en liquidación” con NIT 830007419-5 de acuerdo al certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por lo anterior y para los efectos de este laudo, toda referencia o declaración con relación a DAIP S.A., será equivalente y se referirá al nombre actual de la parte convocada, es decir Mantenimiento y Montajes Industriales Masa S.A. sucursal Colombia en liquidación.

## **4. Capítulo cuarto**

### **Consideraciones del tribunal**

#### **4.1. Aspectos teóricos.**

El tribunal de arbitramento encuentra que debe pronunciarse sobre los siguientes aspectos teóricos, en orden a definir los conflictos planteados tanto en la demanda presentada por Exconvia como en la demanda de reconvenCIÓN de DAIP S.A., así:

1. Teoría de la imprevisión de los contratos mercantiles;
2. Obligaciones de medio y de resultado;
3. Liquidación de los contratos;
4. Acción de enriquecimiento sin causa.

##### **4.1.1. Teoría de la imprevisión en los contratos mercantiles.**

La imprevisión es un fenómeno que se puede presentar en el desarrollo de las relaciones jurídicas, que se caracteriza por ser un acontecimiento extraordinario, es decir, anormal y por ser imprevisible.

En los contratos regidos por el derecho privado, las condiciones de cumplimiento de las obligaciones en los términos inicialmente pactados tienen fuerza vinculante, sin embargo, esta regla general tiene excepciones, como lo es el principio del *res sic stantibus*, acogido por nuestra legislación comercial en su artículo 868 el cual reza lo siguiente:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas, o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteran o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es

posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea".

El principio del *rebus sic stantibus*, establece que las partes contratantes se obligan teniendo en cuenta las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, razón por la cual, si cambian en detrimento de alguna de las partes generando una mayor onerosidad, es dable revisar los términos del contrato, o hacer que el incumplimiento que se genere se entienda exculpado.

La razón por la cual nuestro legislador consagró el anterior principio en nuestro ordenamiento jurídico, fue la imposibilidad de aplicar a ciertos casos en los cuales se presentaba un desequilibrio contractual, el caso fortuito y la fuerza mayor, pues como es sabido, estas figuras solo tienen cabida cuando el suceso ocurrido haya generado como consecuencia la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, imponiéndose de esta manera su terminación, a diferencia de lo que ocurre en punto de la teoría de la imprevisión, pues aquí estamos en presencia de una circunstancia que hace más gravoso el cumplimiento de las obligaciones en los términos inicialmente pactados.

Cabe resaltar, que para el legislador no fue tarea fácil plasmar el principio del *rebus sic stantibus* , pues se presentaron sendas discusiones de tipo jurisprudencial y doctrinal en torno a si el principio del *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1602 Código Civil<sup>(1)</sup> tenía o no prevalencia sobre aquel.

A lo que se llegó y que ha sido acogido por la jurisprudencia desde 1936<sup>(2)</sup> , es que en aras de la justicia y de la equidad, es necesario que de presentarse una situación que genere un desequilibrio en la relación contractual, se aplique el principio *rebus sic stantibus* , pero, claro está, bajo estrictas y claras reglas pues al fin y al cabo sigue campeando como regla fundamental el principio de la normatividad de los contratos.

Ahora bien, una vez aceptado el principio de *res sic stantibus*, se debe estudiar en qué eventos tiene cabida, pues como se dejó anotado, no cualquier situación genera la aplicación del mismo, es por ello que aquí se enuncian sus elementos configurativos:

- a) Imprevisibilidad y excepcionalidad: la ocurrencia del hecho debe provenir de un hecho externo, de carácter anormal e imprevisto.
- b) Mayor onerosidad: debe tratarse de una circunstancia que genere una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes y que en consecuencia haga más gravosa el cumplimiento de las mismas, afectando de esta manera, el patrimonio de una de las partes.
- c) Posibilidad de continuar con la ejecución del contrato: es de resaltar, que es requisito *sine qua non*, la posibilidad de continuar con la ejecución del contrato, por lo tanto, no le es factible al contratista afectado detener la ejecución del contrato, so pretexto, de la mayor onerosidad.
- d) Es una situación ajena al contrato, es decir, no se contempló en el mismo.
- e) El contrato debe ser de ejecución sucesiva: como lo establece el artículo 868, no es factible aplicar este principio a los contratos de ejecución instantánea.
- f) El contrato debe ser comunitativo y sinalagmático: en consecuencia, no es dable extenderlo a los contratos aleatorios.

Al respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión, la doctrina se ha manifestado de la siguiente manera:

Para el profesor Narváez García, la aplicación de la teoría de la imprevisión en materia contractual requiere que se trate de un negocio en donde esté presente la autonomía de la voluntad en su doble aspecto, es decir, la libertad para contratar y la libertad para fijar el contenido del contrato, y en punto de los efectos de la acción de revisión dice que el examen de las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato es deferido por la ley al juzgador para que, con fundamento en la comprobación y análisis de los hechos extra-contractuales causantes de la variación de las condiciones económicas concomitantes a la formación del contrato, determine en cada caso

sometido a su decisión, lo siguiente: si hubo imprevisión por el aspecto objetivo; si existió imprevisibilidad desde el punto de vista subjetivo; que la causa del desequilibrio sean los hechos que configuran las circunstancias extraordinarias; que el efecto de los hechos sobrevenientes sea la alteración grave de la economía del contrato y es lo que torna más oneroso el cumplimiento del mismo.

Para Antonio Bohórquez Orduz<sup>(3)</sup>, la teoría de la imprevisión se diferencia de otras figuras, porque las circunstancias del hecho imprevisible nada tienen que ver con la mala fe del cocontratante, ni con la culpa del mismo, pues esta se presenta en ausencia de ellas.

El artículo 868 Código Comercio buscó entonces, preservar el equilibrio que debe guiar las relaciones contractuales, el cual eventualmente puede verse resquebrajado, empero, para ello, es menester, que se presenten los requisitos antes enunciados.

Ahora bien, ¿de qué manera pretendió el legislador mantener ese equilibrio? El citado artículo contempló que en aquellos eventos en que se presentara una situación imprevista que hiciera más gravoso el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, de manera tal, que produjera un desequilibrio contractual, era factible que la parte afectada le solicitara al juez la revisión del contrato.

De lo anterior se deduce, que la aplicación de la teoría de la imprevisión tiene como consecuencia, la posibilidad a cargo del afectado de solicitar la revisión del contrato y también implica la facultad del juez de analizar las circunstancias que se hayan alterado y realizar los ajustes pertinentes y de no ser posible decretar la terminación del contrato.

En punto, de las consecuencias que genera la aplicación de la teoría de la imprevisión se han presentado sendas discusiones por parte de la doctrina:

Bonnecase<sup>(4)</sup>, se preguntaba si es justo admitir que un acto jurídico especialmente un contrato, pueda ser modificado en sus efectos, por intermedio de los tribunales, cuando acontecimientos posteriores a su formación y que al tiempo de nacer, no han ocurrido en el tiempo o no han podido lógicamente ser previstos por las partes, han engendrado una situación, que sea particularmente onerosa para el deudor, o sea, extremadamente desfavorable para el acreedor.

Para Demogue<sup>(5)</sup>, debe admitirse como principio general, que no hay fuerza mayor o caso fortuito cuando la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, puesto que en esos casos no es absolutamente imposible la ejecución. Si la ejecución se hace más difícil, el juez puede conceder al deudor un plazo de gracia, según el artículo 1244 (C.C. francés). Si ella se hace más onerosa, tiene el juez facultades especiales así como el juez puede acordar los términos de gracia.

Según Campion<sup>(6)</sup>, en el campo económico, en las condiciones generales de vida pueden sobrevenir, posteriormente a la época en que se manifestó el concurso de voluntades que dio nacimiento a la obligación, diversas modificaciones producidas por factores diversos. La ejecución de la obligación puede seguir siendo en estos casos favorable y ventajosa para el acreedor, pero dejar de serlo para la colectividad. Ella puede hacerse directa o indirectamente perjudicial a los intereses generales. Podrá entonces, el juez declarar en estos casos que el acreedor abusa del derecho que se le ha conferido por el contrato por salirse de su finalidad y rehusar ordenar la ejecución de las obligaciones que de él derivan, aquí aparece, según él, la teoría de la imprevisión.

Para Ripert<sup>(7)</sup>, el problema consiste en ver si el juez tiene facultad para intervenir en la ejecución del contrato, para impedir que el acreedor ejerza y obtenga todas las ventajas que le reportaría el derecho, adquirido. Ver si los tribunales pueden revisar los contratos que no pueden ser cumplidos en sus primitivas condiciones sin gran perjuicio para el deudor. A su juicio, esta intervención de la justicia en la ejecución del contrato, no implica desconocer su fuerza obligatoria; al contrario, puesto que al demandar una reducción de sus cargas, la parte que así lo solicita reconoce que el contrato no puede ser modificado más que por un acto de la autoridad. Ripert, sin embargo, no acepta la revisión fundada en la imprevisión, porque en su concepto, contratar es prever, es asegurarse contra las contingencias ignoradas del futuro, tesis ya revaluada porque, como lo veremos, la aplicación de la mencionada teoría ya ha sido reconocida a nivel legal y desarrollada ampliamente por vía jurisprudencial<sup>(8)</sup>.

Por su parte Carlos Darío Barrera Tapias<sup>(9)</sup> llama la atención al hecho de que la norma (C.C., art. 868) le concede como única posibilidad al perjudicado el pedir la resolución del contrato, y consagra, en cambio, *in facultate solutione* para el beneficiario, la posibilidad de mantener el contrato restableciéndole el equilibrio económico. Añade que esta solución es bastante acertada. Por una parte, no obliga a quien se ve perjudicado por la circunstancia imprevista a permanecer atado a un contrato que se ha tornado oneroso, pero tampoco obliga a quien ha resultado beneficiado por aquella a asumir condiciones más gravosas que podrían resultar inaceptables, sino que lo dejan en libertad de consentir en la resolución o restablecer el equilibrio económico del contrato.

Pese a las divergencias que ha suscitado el tema, no se debe perder de vista la consecuencia que nuestra legislación contempló, ella es, que de presentarse la teoría de la imprevisión se puede —como se dejó anotado— solicitar la revisión del contrato, claro está, que la parte que lo solicita deberá probar todos los elementos constitutivos de la misma.

#### **4.1.2. Obligaciones de medio y de resultado.**

Una de las tantas clasificaciones de las obligaciones esbozadas por la doctrina, es aquella que diferencia las obligaciones de medio o genéricas de las de resultado o específicas.

Clasificación que surgió gracias al jurista francés Demogue<sup>(10)</sup>, con el fin de lograr salvaguardar la contradicción que existe entre los artículos 1137 y 1147 del Código Civil galo. La primera de las normas obliga a quien debe conservar la cosa a prestar todos los cuidados de un buen padre de familia, entendiendo que la obligación es más o menos extensa de acuerdo al contrato de que se trate. Por su parte el artículo 1147 consagra el principio general de la inversión de la carga de la prueba, o presunción de culpa para algunos, al disponer que el deudor ha de ser condenado cuando incumpla o se retrase en el cumplimiento de sus obligaciones, a no ser que se pruebe la existencia de un factor extraño que haya obrado como impedimento. Es decir, la creación doctrinal, que algunos creen percibir incluso en el derecho romano clásico no es más que un mecanismo al que se acudió en Francia para solucionar un enfrentamiento entre dos normas del mismo estatuto<sup>(11)</sup>.

La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado por la cual pugnó Demogue, ha sido aceptada por la doctrina en general, aunque mucho se ha discutido sobre su importancia, presentándose una gran resistencia por parte de un sector de la doctrina.

De un lado hay quienes piensan que la importancia que tenía desde antaño ha perdido relevancia convirtiéndose en una distinción inocua, de otro, hay autores que consideran que no se puede tachar de inútil, pues tiene un papel importante en punto de la carga de la prueba.

Ya, Le Tourneau decía que esa distinción esbozada por Demogue era muy útil, pero que, “su papel se reduce a determinar sobre quién pesa la carga de la prueba en caso de la inejecución”, “no entraña una responsabilidad objetiva, porque si bien es cierto que el deudor, en la obligación de resultado, responde en los casos dudosos, la culpa siempre está subyacente: consiste en no haber ejecutado aquello a que se obligó voluntariamente, a menos que en un caso de fuerza mayor se lo ha impedido”<sup>(12)</sup>.

Para Malaurie y Aynés<sup>(13)</sup> “el principio mismo de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado ha sido discutido; la controversia ha perdido la vivacidad que conservaba hace una cincuentena de años. La distinción ha sido más o menos aceptada por todo el mundo, y todo o casi todo el mundo acepta que no significa gran cosa y que apenas tiene un valor pedagógico”.

Es de resaltar, que la fuente de las obligaciones objeto del presente estudio, puede ser diversa, para estos efectos, resulta apropiado acudir a lo esbozado por el profesor Tamayo, que estableció como tales las siguientes:

1. Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante o en el demandado. (C.C., arts. 1730 y 2005).
2. Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.

3. Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes.

Ahora bien, el tema resulta interesante pues es a partir del análisis del contenido prestacional de las obligaciones, de donde se desprende la responsabilidad que puede tener una parte de la relación contractual, en otras palabras, es a partir de allí de donde se puede deducir si aquella incumplió o no con sus obligaciones.

Entonces, como se puede observar, el tema resulta importante, aún más si se quiere, porque además, es el contenido obligacional el que establece el manejo de la carga probatoria y los mecanismos de exoneración de responsabilidad.

Para que se derive responsabilidad es menester, que se dé un incumplimiento de las prestaciones a las cuales la parte se comprometió, empero, el contenido de dicho incumplimiento puede variar, pues en ocasiones, se requiere que este haya sido cometido de manera culposa y en otras este requisito no es indispensable pues la ley o la convención pueden haber dispuesto que dado un supuesto fáctico se genera una consecuencia, supuesto que en algunos eventos puede no contener el elemento culpa, verbigracia: cuando se realizan actividades peligrosas.

Con relación al tema, el profesor Fernando Hinestrosa<sup>(14)</sup>, se ha manifestado de la siguiente manera:

“(...) Sobre la base de un postulado lógico: para que haya responsabilidad contractual, el daño debe resultar de la inejecución del contrato (*rectitus* , de la prestación)<sup>(15)</sup>. Otra cosa es determinar si para que haya responsabilidad basta la sola inejecución, o si es menester, además que dicha ejecución sea imputable al deudor o, más todavía, que la inejecución, fuera de ser imputable al deudor, ha de ser producto de dolo o culpa suyos. Y también otra es determinar cuándo se considera que la inejecución es imputable al deudor, o más propiamente, dentro de lo que por lo general plantea la doctrina, cuándo el deudor ha de responder de ella, con superposición de los conceptos de imputación del efecto y reproche de la conducta”.

Una vez verificado lo anterior, surge entonces la siguiente pregunta: ¿cuándo se entiende que existe un incumplimiento en las obligaciones de medio y cuándo en las obligaciones de resultado, que sea generador de responsabilidad?

Si una persona se compromete al momento de celebrar un contrato a obtener un resultado específico, estaremos en presencia de una obligación de resultados, en cambio, si a lo que se obliga es a desplegar una actividad en la que pondrá todo su empeño, diligencia, cuidado y dedicación en la realización de una determinada tarea, se tratará entonces, de una obligación de medios o específica.

Al respecto existen diversas definiciones emanadas de la doctrina:

Jorge Cubides, considera que se trata de una “distinción que solo se basa en que en las primeras el deudor satisface al acreedor con solo poner su diligencia y cuidado, sin garantizar los resultados de su actividad, al paso que en las segundas es el resultado concreto mismo el que constituye el objeto de la prestación”<sup>(16)</sup>.

Los hermanos Mazeaud, establecen que “esta clasificación se asienta en las siguiente comprobación: a veces está obligado a realizar un hecho determinado; la obligación está precisada estrictamente; el deudor debe alcanzar un resultado. A veces por el contrario, el deudor solamente está obligado a comportarse con diligencia, a conducirse con prudencia para tratar de lograr el resultado apetecido (...)”<sup>(17)</sup>.

Una vez analizado, el contenido prestacional de este tipo de obligaciones, es preciso entrar a la órbita de la carga de la prueba, toda vez que resulta ser el efecto más importante para determinar —como antes se dejó anotado— la responsabilidad y los mecanismos de exoneración de la misma.

En las obligaciones de resultado, bastará según lo esbozado para que exista incumplimiento, que el acreedor pruebe que el deudor no obtuvo el resultado al cual se había comprometido y no será necesario que demuestre la falta de diligencia en el despliegue de las actividades tendientes a obtener el resultado previsto, en tanto que, en las de medios el acreedor deberá demostrar que el deudor actuó de manera negligente e imprudente, pues como se dejó anotado en estas últimas una y otra parte son conscientes de la situación, ambas prevén el resultado, saben que

este es de suyo aleatorio, y le asignan al deudor la tarea de propiciarlo con una conducta idónea<sup>(18)</sup>.

De lo anterior se deduce que las consecuencias en materia probatoria varían dependiendo de si se está en presencia de una obligación de resultado o de medio. Es así como los mecanismos de exoneración de responsabilidad con los cuales contará el deudor de la obligación divergirán.

En obligaciones de resultado el deudor se podrá eximir demostrando la obtención del resultado o la ocurrencia de una causa extraña que haya impedido el cumplimiento de la obligación, mientras que, en las obligaciones de medios el deudor se exime de responsabilidad demostrando una causa extraña o demostrando que puso en marcha todos los medios para lograr la obtención del resultado deseado, actuó con diligencia, prudencia, pericia, en fin, actuó como un buen *pater familia*, pero a pesar de ello fue imposible obtener el resultado.

Con relación al tema el profesor Tamayo Jaramillo ha expresado lo siguiente:

“... En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor en veces no tiene forma de liberarse, y otras solo lo libera la prueba de una causa extraña; mientras que en las obligaciones de medio el deudor en ocasiones se presume culpable, pero desvirtuar la presunción demostrando diligencia y cuidado, y en otras oportunidades al acreedor o víctima le corresponde demostrar la culpa del deudor...”.

De todas formas, debe quedar claro que, tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado, es preciso que la persona que alega la existencia de una obligación o la extinción de la misma deberá probarlo, ello conforme a lo señalado en el artículo 1757 del Código Civil<sup>(19)</sup>.

Finalmente, el desarrollo del tema no ha sido pacífico, tanto así, que hay quienes consideran que la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado no debería existir, puesto que, en todas las obligaciones el deudor debe actuar con diligencia.

Con relación al tema Camilo Vargas Jácome ha expresado: “(...) La distinción entre obligaciones de medio y de resultado no tiene fundamento ni justificación en Colombia, en cuyo derecho positivo no se encuentra la contradicción que sí se presenta en el derecho francés entre los artículos 1137 y 1147 del Código Civil. El artículo 1606 del Código Civil obliga a quien debe conservar la cosa a emplear en la custodia el debido cuidado, sin entrar hacer calificación alguna (...)”<sup>(20)</sup>.

Lo anterior parece ser lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en casación de 20 de Julio de 1977 dijo: “Sea la obligación de medios o de resultado, de dar, hacer o no hacer, genérica o específica, la culpa del deudor siempre se presume de la inejecución o falta de pago, como sin lugar a duda está dispuesto por el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, en el cual no se hacen distinciones”.

De todas formas, resulta de vital importancia señalar esta clasificación, por los efectos que genera en materia probatoria, al determinar a quién corresponde en una determinada situación la carga de la prueba y qué posibilidades existen para el deudor para eximirse de responsabilidad.

#### **4.1.3. Liquidación de los contratos.**

La figura de la liquidación de los contratos es propia de los contratos estatales; no existe una norma semejante en el derecho privado, por lo que su ocurrencia estará sujeta a que las partes lo pacten expresamente.

La liquidación de los contratos es una figura jurídica que tiene como objetivo primordial hacer un ajuste final de cuentas y de finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes o de declararse a paz y salvo, según el caso. Con la liquidación del contrato el circuito negocial queda terminado y cerrado definitivamente en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato para las partes, lo que implica la extinción definitiva del vínculo contractual y la certeza acerca del pasado y futuro del contrato, con lo cual inexistente será el limbo en que permanecen aquellos que no son liquidados. De ahí la importancia de esta figura, increíblemente desatendida por muchas entidades estatales.

En los contratos que se rigen por el derecho privado —como se dejó anotado— no es procedente la figura de la

liquidación, salvo pacto en contrario.

Para que se extinga la relación jurídica contractual, se requiere de la ocurrencia de alguno de los modos de extinción de las obligaciones previstos en nuestro Código Civil en su artículo 1625, sin perjuicio de la presencia del mismo acuerdo de las partes, tal como proviene del artículo 1602 del Código Civil, el que bien podría inferirse a falta de algo expreso, por cuenta de las conductas y comportamientos de las partes.

#### **4.1.4. Acción de enriquecimiento sin causa.**

“*Jure naturae aequum neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*”, este principio del derecho que viene desde la época de Pomponio en el Digesto (50.17.20), significa: “Es equitativo, según el derecho natural, que nadie se enriquezca a expensas de otro”.

En razón de ello, a ninguna persona le está permitido aumentar sus acreencias patrimoniales sin tener una justa causa para ello o menoscabando el derecho ajeno, pues de ser así se estarían vulnerando principios emanados del derecho natural como lo son la justicia y la equidad.

Nuestro ordenamiento jurídico, con la finalidad de propender por los principios señalados, pugnó por la consagración de una acción que tuviera como finalidad restablecer ese equilibrio natural, ella es, la acción *in rem verso* o acción de enriquecimiento sin causa.

La Ley 153 de 1887 estableció la prohibición en punto de la posibilidad de una persona de enriquecerse legítimamente o a costa de otra. Ello, ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Suprema de Justicia.

Así, en la sentencia del 19 de noviembre de 1936, manifestó lo siguiente:

“Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquel, a saber:

— Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

— Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de este derivar de la ventaja de aquel. Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio. El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

— Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

— Para que sea legitimada en la causa la acción de *in rem verso*, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción... el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

— La acción no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley. El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado...”.

Entonces, para que se dé un enriquecimiento sin causa se requiere:

1. Que exista un enriquecimiento y empobrecimiento correlativo: debe existir una prestación de dar, hacer o no hacer que implique la disminución económica de un patrimonio y el aumento de otro<sup>(21)</sup>.
2. Que no exista una justa causa para enriquecerse: ello significa, que no debe haber operado alguna de las fuentes de las obligaciones, pues de lo contrario no será procedente.
3. Que no exista otra vía legal para obtener el restablecimiento del patrimonio perjudicado: de lo cual se deriva que la acción de enriquecimiento sin justa causa es subsidiaria, es decir, solo es procedente ante la inoperancia de otro mecanismo judicial.

#### **4.2. Consideraciones del tribunal.**

Este tribunal encuentra según el acervo probatorio allegado al expediente y con apoyo en el marco teórico esbozado, lo siguiente:

4.2.1. Entre la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, industrial y comercial del Estado de una parte, en su condición de contratante, y la Unión Temporal DAIP S.A. - Montecz Ltda. - Conequipos Ing. Ltda., constituida por Dragados Internacional de Pipelines, DAIP S.A., Montecz Ltda. e Ingeniería Construcciones y Equipos Conequipos Ltda. como contratista, se celebró el contrato VIT-021-97 de fecha 24 de diciembre de 1997, cuyo objeto fue la ejecución de los trabajos relativos a la construcción, instalación y pruebas de aproximadamente 263 km de la línea de tubería del Poliducto de Oriente Sebastopol - Bogotá, con determinadas características y en un todo de acuerdo con los términos, condiciones, alcance, planos, especificaciones y suplementos previstos en la licitación pública GTL-004-97.

Dicho contrato, a más de otras estipulaciones, estableció las de suspensión, multas, penal pecuniaria y caducidad<sup>(22)</sup>.

Por otra parte, al prever la legislación aplicable, estipuló: “El presente contrato estará sometido a las normas del Código Civil y Código de Comercio y las pertinentes de la Ley 80 de 1993...”<sup>(23)</sup>. Igualmente se acordó lo relativo a la interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, al tenor de los artículos 14 a 17 de la Ley 80 de 1993.

En su cláusula vigésima novena el contrato previó la posibilidad de que la unión temporal supracitada (contratista):

“... con la previa autorización de Ecopetrol y con el cumplimiento de los requisitos que (...) se mencionan, podrá celebrar subcontratos bajo su responsabilidad”. Anotó también que: “... los contratos estatales son *intuitu personae*...” y exigió al contratista que cuando subcontratara debía: “a) Someter previamente su alcance, pliego de condiciones y minuta de subcontrato al visto bueno de la interventoría; b) Conservar el régimen jurídico, laboral y de manejo del anticipo (...) del contrato suscrito con Ecopetrol; c) Cursar copia del original del subcontrato a la interventoría (...); d) Controlar a los subcontratistas en el desarrollo técnico-administrativo de los subcontratos (...). A su vez, el parágrafo 1º estableció: en cada subcontrato deberá estipularse que entre Ecopetrol y el subcontratista no existe relación contractual alguna y que, en consecuencia, el subcontratista no podrá formular reclamaciones, solicitar indemnizaciones ni instaurar acciones de cualquier índole contra Ecopetrol (...”).

Visto lo anterior, para el tribunal es indiscutible que la relación contractual que se debate en el presente proceso arbitral está confinada exclusivamente a la relación cumplida entre la parte convocante y la convocada o sea Exconvial y DAIP S.A. respectivamente, así como que el contrato estatal mencionado y adjudicado para su ejecución según el reglamento de licitación pública<sup>(24)</sup> es *intuitu personae*, lo que significa que fue adjudicado al contratista, por sus condiciones de experiencia, conocimiento, capacidades económica y técnica, y seriedad

comercial que Ecopetrol halló en la contratista mediante el análisis de su propuesta, los documentos acompañados a su inscripción como proponente y la pertinente información de su naturaleza empresarial y de su práctica comercial, por lo cual la subcontratación que se autorizó estuvo, sin embargo, condicionada al visto bueno, vale decir a la aprobación de Ecopetrol, no obstante no implica, en modo alguno, relación directa del subcontratista con la empresa estatal, ni tampoco la característica de que fuera una cesión del contrato, que es un fenómeno jurídico contractual también posible, pero diferente, y que no ha tenido ocurrencia en este caso dentro de lo que se indica en los autos.

En conclusión sobre estos tópicos, los derechos y obligaciones que haya contraído la unión temporal contratista con Ecopetrol no son transmisibles al subcontratista, Exconvial.

4.2.2. Ahora bien, los subcontratos materia del litigio fueron pactados entre la sociedad Dragados Internacional de Pipelines S.A. DAIP S.A. como contratante de una parte, y de otra Exconvial Ltda. como contratista, o mejor, como subcontratista, para efectuar determinadas labores de las encomendadas a la unión temporal contratante por Ecopetrol bajo el contrato principal arriba examinado.

Así pues, el tribunal contempla que se trata de dos partes conformadas por entes clasificables como de derecho privado, vale decir DAIP S.A. y Exconvial, que aplican a su relación contractual normas de derecho privado, reglándose principalmente por sus propias estipulaciones, y en lo no previsto en ellas por los preceptos aplicables de los códigos Civil y de Comercio, indicándose, además, que si bien es cierto que DAIP es miembro de la unión temporal<sup>(25)</sup> contratante con Ecopetrol, los dos miembros restantes nada pactaron ni celebraron con el subcontratista Exconvial.

Anota el tribunal que los contratantes al pactar el subcontrato manifestaron que, de una parte, el contratista conoce que el contratante conforma con otras sociedades la Unión Temporal UT DMC con el fin de construir el poliducto de oriente; que entre dicha unión temporal se celebró con Ecopetrol el contrato VIT-021-97 para la construcción del mismo; contrato que estuvo precedido de la licitación pública GTL 004-97, estableciéndose que para la validez del subcontrato, este fuera presentado a la interventoría para su visto bueno, requisito para el perfeccionamiento, validez y ejecución; que conocieron y del que aceptaron los principios de terminación, interpretación y modificación unilaterales aplicables al contrato VIT-021-97, razón por la cual las condiciones del subcontrato podían variar o incluso dejarlo sin efecto.

Añadieron explícitamente DAIP S.A. y Exconvial que:

“La subcontratista conoce y acepta que el objeto del presente contrato forma parte integrante del desarrollo del poliducto de oriente, construido por la UTE DMC en virtud del contrato VIT-021-97, y por lo tanto el cumplimiento de las obligaciones que para ella se generan será supervisado no solo por la contratante, sino además por Ecopetrol y por la interventoría que este último designe para tal fin, sin embargo todo tipo de comunicaciones y decisiones sobre este punto serán canalizados por y consultadas a la contratante”.

“La subcontratista reconoce que el criterio técnico de la interventoría de Ecopetrol, manifestado por medio de la contratante y consultado previamente con esta, será determinante en el desarrollo de sus obligaciones, toda vez que ella será quien recibirá finalmente las obras y verificará el cumplimiento de las obligaciones”.

“La subcontratista reconoce que el presente contrato es de derecho privado y como tal se rige exclusivamente por las disposiciones contenidas en la legislación civil y comercial colombiana. La subcontratista así mismo reconoce el principio de relatividad de este acto y que él no produce efectos vinculantes para terceros, ni se ve afectado por actos jurídicos en los que ella no participa. El presente contrato no produce vínculo laboral o de derecho público alguno y no servirá de fundamento para reclamación o proceso alguno en contra de Ecopetrol o de terceros”.

“La subcontratista declara haber realizado un cuidadoso estudio de los documentos que forman parte del presente contrato del plan de manejo ambiental, de las especificaciones técnicas, del alcance del presente contrato y de las obligaciones que de él se derivan, de la naturaleza de tales obligaciones, del lugar donde deben ser cumplidas, de las pólizas y garantías que debe constituir, de las condiciones de contratación de personal y las relaciones laborales, de las condiciones sociales, políticas, culturales, etnográficas, ambientales, geográficas, topográficas,

geológicas, geomorfológicas, de suelos y subsuelo, meteorológicas, hidrológicas, viales que afectarán el cumplimiento de sus obligaciones; de las limitaciones de espacio, de disponibilidad de materiales, servicios públicos, equipos, transporte, mano de obra y las demás circunstancias que rodean la ejecución del presente contrato”<sup>(26)</sup>.

Se destacan, tomadas de la cláusula sexta del subcontrato, las siguientes manifestaciones de Exconvial:

“... El monto reflejado en el precio fijo unitario, cubre la totalidad de costos, impuestos, seguros, gastos, administración, imprevistos, utilidades de la subcontratista a causa de la ejecución del presente subcontrato, y corresponde a un cuidadoso estudio de los documentos que forman parte del presente subcontrato; de las especificaciones técnicas; del alcance del presente subcontrato y de las obligaciones que de él se derivan; de la naturaleza de tales obligaciones; del lugar donde deben ser cumplidas; de las condiciones sociales, políticas, culturales, etnográficas, ambientales, topográficas, de suelos y subsuelo, geológicas, geomorfológicas, hidrológicas, viales que afectarán el cumplimiento de sus obligaciones; de las limitaciones de espacio, de disponibilidad de materiales, servicios públicos, equipos, transporte, mano de obra, etc., por esta razón la **subcontratista renuncia a cualquier tipo de reajuste, modificación de los precios unitarios, compensación, indemnización o reclamación que por estas causas o por alguna otra se llegaren a presentar. El precio acordado en el presente subcontrato serán fijos y no reajustables (sic), excepto en lo relacionado con lo previsto en la cláusula trigésima de este subcontrato...**” (negrillas no son del texto trascrito).

Teniendo presente que la cláusula sexta, parcialmente trascrita, no ha sido cuestionada de nulidad por las partes, como tampoco los subcontratos mismos, y que en ella se trata de un contenido de disposición contractual y futura de orden patrimonial, considera el tribunal que la asunción de riesgos que trae consigo y la correlativa renuncia de Exconvial como plenamente válida, vigente y aplicable al juicio, y esto incidirá, obviamente, en las decisiones que adelante adoptarán. Desde luego, el tribunal por su parte, manifiesta no encontrar nulidad alguna que en caso de existir tuviera que, oficiosamente, decretar por no evidenciar norma imperativa que hubiere sido vulnerada.

El tribunal en suma estima que los derechos y obligaciones recíprocas de las partes contratantes en el subcontrato (DAIP S.A. - Exconvial) no pueden pasar del contrato VIT-021-97 con Ecopetrol a los referidos subcontratos. Y que por ende, igualmente, las responsabilidades deducibles por los supuestos incumplimientos y las reclamaciones de perjuicios, deben limitarse a lo señalado para DAIP S.A. y su subcontratista Exconvial, sin implicar en tales peticiones a Ecopetrol, no obstante lo cual, tampoco puede pasarse por alto, al menos como mención informativa que el litigio arbitral al que hizo referencia en su demanda y en otros de sus escritos la parte convocante, Exconvial, celebrado por Ecopetrol y la unión temporal, fue decidido según laudo arbitral emitido el día 12 de octubre del 2004, en forma desfavorable para la unión temporal, como es de público conocimiento, prácticamente en la totalidad de sus decisiones.

Sobre estos particulares, claramente tenemos que se ha manifestado la doctrina así:

“No existe una definición legal del subcontrato, pero para efectos de este estudio, entendemos que se materializa cuando para la ejecución de una obra, el contratista de la administración a su vez contrata con un tercero la realización total o parcial de los trabajos a su cargo. Pues bien, cuando esto ocurre, el administrador delegado no podrá transferir al subcontratista la responsabilidad que tiene para con el contratante, a menos que medie estipulación expresa sobre el particular. **Ante la persona de derecho público vinculada contractualmente con un administrador delegado, este último seguirá respondiendo siempre por la correcta ejecución de las obras y nunca el subcontratista. Para efectos de esta responsabilidad ante la persona de derecho público, es como si el subcontratista no existiera.** Si por ejemplo un administrador delegado subcontrata unos trabajos y el subcontratista incumple, la multa o sanción correspondiente no se impondrá al subcontratista, sino al administrador delegado.

Consideramos que de acuerdo con la naturaleza y características del contrato por administración delegada, y con las graves responsabilidades a cargo de los contratistas del Estado, es lógico que estos respondan por los hechos y omisiones de sus subcontratistas. No sería de recibo que el administrador delegado pudiera descargar su responsabilidad ante la entidad contratante con solo aducir un subcontrato. Cosa diferente es que el contratista pueda accionar civilmente contra su subcontratista, y por esta vía obtener reparación del daño que le fue causado

por este.

Recordemos cómo los subcontratos son en principio extraños a la contratación estatal, dado que esta es *intuitu personae*. Esta circunstancia hace que una vez seleccionado el contratista bajo los principios de transparencia, economía, igualdad, selección objetiva, etc., la presencia de un subcontratista no sea en principio de recibo. En estas condiciones, solo contando con la autorización del ente público puede aceptarse la presencia de subcontratistas en los trabajos; pero aún mediando la aquiescencia del ente estatal autorizado la presencia del subcontratista, la responsabilidad por las culpas, errores y omisiones de este, recaerán en el administrador delegado”<sup>(27)</sup> (negrillas no son del texto).

4.2.3. También las anteriores consideraciones son de relevante importancia frente a los reclamos planteados por la convocante, Exconvial, en el *sub lite*, mediante las cuales predica que “... DAIP S.A. se encuentra adelantando tribunal de arbitramento en contra de Ecopetrol pretendiendo obtener, entre otras cosas, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal roto como consecuencia de las demoras en el inicio de las obras en el corredor compartido con Ocensa.

En derecho los dineros reconocidos a DAIP S.A. por este concepto deben ser entregados a Exconvial...”<sup>(28)</sup>. Por cuanto al haber sido resueltas desfavorablemente todas las reclamaciones propuestas por la unión temporal, es lo cierto que dicha circunstancia tiene el efecto virtual, no desconocido por las partes (DAIP S.A. y Ecopetrol), de carecer de entidad económica que pudiera traer beneficio o perjuicio algunos, hipotéticamente, al subcontratista Exconvial.

4.2.4. En relación con parte de la ejecución de los trabajos del poliducto oriente que correspondía a DAIP S.A., se subcontrató con Exconvial Ltda., para lo cual se suscribieron los siguientes subcontratos:

1. Apertura de derecho de vía frente II sector 2.

Fecha de suscripción: mayo 4 de 1998.

Plazo para la ejecución: 135 días, sujeto al programa de trabajo (PDT).

Valor: mil ochocientos veintidós millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil trescientos cincuenta y un pesos (\$ 1.822.454.351).

2. Apertura de zanja frente II sector 2.

Fecha de suscripción: junio 2 de 1998.

Plazo para la ejecución: sujeto al programa de trabajo (PDT).

Valor: ciento quince millones ochenta mil pesos (\$ 115.080.000).

3. Tapado frente II sector 2.

Fecha de suscripción: agosto 25 de 1998.

Plazo: sujeto al programa de trabajo (PDT).

Valor: ciento dieciocho millones ochocientos mil pesos (\$ 118.800.000).

4. Reconformación frente 2 sector 2.

Fecha de suscripción: agosto 25 de 1998.

Plazo para la ejecución: sujeto al programa de trabajo (PDT).

Valor: ciento diez millones de pesos (\$ 110.000.000).

Ahora bien, en el proceso quedó plenamente probado que el poliducto oriente se había construido en terrenos en

los cuales con anterioridad Ocensa y Ecogás, habían instalado tuberías de gas, razón por la cual, se generó la existencia de un “corredor compartido”.

La existencia de ese “corredor compartido” generó inconvenientes en el desarrollo de los subcontratos mencionados, puesto que, se requería contar con el permiso de Ocensa y de esta manera lograr la implementación de medidas seguras. Lo anterior fue aceptado por Exconvial en la demanda y por DAIP S.A. en la contestación de la demanda y reiterado en el testimonio rendido por el señor Juan Mauricio Cufiño Peña en la audiencia del 21 de septiembre del 2004, en el que se dijo: “(...) en el corredor compartido tuvimos un inconveniente, en el sentido de que dado que compartíamos derecho de vía con una tubería de Ocensa, Ecopetrol que tenía la obligación de conseguir el permiso de Ocensa, nos tardamos un tiempo en conseguirlo, lo que... (daño en la grabación)”.

No se debe perder de vista que en el subcontrato 802/0-0014-98, capítulo I relativo a condiciones generales, cláusula primera (definiciones), se contempló lo siguiente:

**“Poliducto de oriente:** es el poliducto, Sebastopol - Santafé de Bogotá, adjudicado a la UTE - DMC en la licitación pública GTL-004-97, y en construcción en virtud del contrato VIT-021-97. La construcción del poliducto comprende: la construcción de la línea y todas las obras accesorias que esta requiera para su operación, de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación pública GTL 004-97 y sus suplementos, en las especificaciones técnicas, incluyendo el suministro de materiales, transporte, ingeniería, documentación, la realización de pruebas, reparaciones y en general todas las actividades necesarias para su operación y puesta en marcha; la realización de las obras civiles y geotécnicas necesarias para su protección y conservación; la realización de actividades ambientales y sociales necesarias para la construcción y operación óptima del poliducto, sin que se presenten daños ambientales o conflictos sociales; la obtención y cumplimiento de las licencias, permisos, autorizaciones y en general todos los permisos administrativos que sean necesarios para la construcción y operación del poliducto; la obtención de paz y salvos requeridos en el presente subcontrato; la gestión y obtención de tierra para aquellas actividades que lo requieran; la realización de las actividades y obras accesorias necesarias para entrar en las zonas de trabajos y en general las actividades y obras accesorias y complementarias necesarias para la construcción del poliducto; el cumplimiento estricto de los términos y condiciones establecidas en la licitación pública GTL-004-97 y sus suplementos. Las especificaciones técnicas, la propuesta presentada por la UTE - DMC. En general la totalidad de las actividades técnicas, administrativas, mecánicas y jurídicas necesarias para lograr la construcción y correcta operación del poliducto y su aceptación sin salvedades por parte de Ecopetrol”.

De acuerdo con esta cláusula, resulta claro que desde la misma celebración de los subcontratos se vio la necesidad de obtener una serie de permisos y autorizaciones como requisito previo para acometer algunas de las obras cubiertas por el objeto de los mismos.

En el plan de trabajo que se había elaborado, se estableció que las labores de trabajo en el “corredor compartido”, debían iniciarse en el mes de julio de 1998, sin embargo, y de acuerdo con los hechos, ello no se pudo lograr en el tiempo esperado, puesto que, a pesar de que DAIP S.A. comenzó a realizar todos los actos tendientes a lograr la obtención de los permisos y que Ecopetrol le comunicara a Ocensa la necesidad de lo mismo, esta manifestó que se debían reunir ciertas exigencias de carácter técnico y comercial. Ecopetrol accedió a dichas exigencias el 11 de junio de 1998, pero solo hasta el 4 de noviembre del referido año, después de diversas discusiones, se pudo lograr un acuerdo con Ocensa, tiempo todo este que por supuesto afectó el cronograma de obra, lo que el tribunal encuentra perfectamente probado. Claro está este hecho por sí mismo, así como los efectos económicos que produjo, los que también son evidentes, no necesariamente configura un derecho pecuniario a favor de la convocante habida cuenta que él nace según lo pactado en el contrato sobre este particular y/o lo previsto en nuestro ordenamiento.

Sobre la afectación del cronograma por la situación que se comenta, Fernando Alonso Bejarano, representante legal de DAIP S.A., manifestó en el testimonio rendido en audiencia del 12 de agosto del 2004 lo siguiente:

“Dr. Moncada: en atención a su respuesta, manifieste al tribunal si esa demora que usted reconoce tuvo consecuencias para Exconvial, vale decir, *stand by*, mayor permanencia en la obra, traslado o saltos de maquinaria, manifieste al tribunal lo pertinente.

Sr. Alonso: sí, cuando venían los frentes de producción básicamente apertura de derecho de vía y zanjado, al llegar al sitio del corredor compartido, es decir, antes de tocar, de invadir el derecho de vía con Ocensa, es decir el derecho de vía que era de propiedad de..., se llegó y antes de tocar ese punto fue necesario suspender las obras, trasladar la maquinaria a después del corredor compartido con Ocensa y continuar la construcción de las obras y una vez se llegó al municipio de Ráquira, es decir, donde terminaba el frente 2, hubo necesidad de esperar porque al llegar ese momento todavía no se había obtenido el permiso por parte de Ecopetrol, entonces ahí hubo algunas demoras en la ejecución de actividades”.

Ahora bien, una vez establecido que se produjo un retardo en la realización de las obras en el corredor compartido por parte de Exconzial, debido a la demora en el otorgamiento de la correspondiente autorización por parte de Ocensa y reiterando que la obligación de obtener dicha autorización radicaba en cabeza de DAIP S.A. de acuerdo con lo previsto en la referida cláusula del subcontrato y lo manifestado por el perito Carlos Fernando Luna Ríos en el dictamen pericial, en la respuesta a la pregunta número 2 formulada por Exconzial: “(...) Según la respuesta a la pregunta a anterior, correspondía a DAIP S.A. la gestión de los mencionados permisos y, lo que se hace evidente de los documentos revisados, es que dichos permisos no fueron obtenidos en forma oportuna para la ejecución de las obras lo que generó importantes atrasos y sobrecostos para la convocante”; este tribunal procede entonces a dilucidar la naturaleza de dicha obligación.

4.2.5. Según la cláusula primera del subcontrato número (sic) DAIP S.A. tenía entre otras obligaciones la de obtener los permisos, autorizaciones y licencias necesarias para la construcción y operación del poliducto oriente. Empero esta obligación no puede entenderse como una obligación de resultados sino como una de medios, toda vez que, la obtención de la autorización para iniciar las labores pertinentes en el corredor compartido, en últimas dependía de la voluntad de un tercero: Ocensa.

La labor de DAIP S.A. se reducía entonces a realizar todas las actuaciones tendientes a obtener dicha autorización, es decir, a poner todo su empeño, diligencia y cuidado en el despliegue de dicha actividad.

De lo anterior no se puede deducir que DAIP S.A. estuviera comprometiéndose a obtener la autorización, pues ello resultaría imposible en tales términos, en la medida que depende de la voluntad de un tercero —en el caso *sub judice*— de Ocensa.

El tema resulta de gran trascendencia —como se dejó anotado en el acápite correspondiente al marco teórico— pues el contenido obligacional es el que determina el manejo de la carga probatoria, así mismo, determina los mecanismos de exoneración de responsabilidad.

En las obligaciones de resultado, basta para aplicar los efectos jurídicos por incumplimientos obligacionales que el acreedor pruebe que el deudor no obtuvo el resultado al cual se comprometió y no será necesario que demuestre la falta de diligencia en el despliegue de las actividades tendientes a obtener el resultado previsto; en tanto que, en las de medios el acreedor deberá demostrar que el deudor actuó de manera negligente e imprudente, pues como se dejó anotado en estas últimas una y otra parte son conscientes de la situación, ambas prevén el resultado, saben que este es de suyo aleatorio, y le asignan al deudor la tarea de propiciarlo con una conducta idónea<sup>(29)</sup>.

En consecuencia, al tratarse de una obligación de medios, a Exconzial le correspondía demostrar que DAIP S.A. había actuado durante la ejecución de la misma con negligencia y descuido. No bastaba demostrar la falta del resultado querido, que fue lo que hizo Exconzial durante el desarrollo del proceso.

Incluso en la demanda, Exconzial manifestó que se presentó una demora en obtener un acuerdo con Ocensa, lo cual dificultó el inicio de los trabajos que se tenían previstos. Es decir que incluso el mismo convocante de cierta manera encuentra en la conducta del tercero la causa para la demora comentada.

Al respecto, un aparte de la demanda señala:

“(...) para poder adelantar cualquier tipo de trabajo en un corredor compartido, las especificaciones técnicas exigían de DAIP S.A. coordinar previamente su plan de trabajo con los propietarios de las tuberías preexistentes, e implementar las medidas requeridas para una construcción segura, en ese sentido es necesario resaltar que conforme al programa de trabajo, las labores de apertura del derecho de vía en este sector debían iniciarse el 27 de

julio de 1998.

Sin embargo, solo fue hasta el 4 de noviembre de 1998 cuando **Ecopetrol y DAIP S.A. obtuvieron acuerdo completo con Ocensa a efectos de que UT DMC (Daipsa) pudiera adelantar sus trabajos en el mencionado sector, por consiguiente, solamente hasta la misma fecha fue posible para Exconvial iniciar las labores contratadas en ese sector.**

(...)".

Adicionalmente, el perito Carlos Fernando Luna manifestó en la aclaración al dictamen pericial rendido por él:

"El papel de Ecopetrol era el de asegurar a Ocensa la seguridad de los procesos constructivos exigidos por ellos, para así poder otorgar el permiso a DAIP S.A. **Ocensa no quiso establecer directamente con el contratista** (la convocada), establecer los mecanismos y los acuerdos que hicieran posible la consecución de su autorización sin la presencia y gestión de Ecopetrol".

Todo lo indicado lleva al tribunal a considerar que al tratarse de una obligación de medio y siendo que fue la conducta y actitud de terceros los que incidieron en los desfases de tiempo, y no el descuido del convocado quien no tenía forma de lograr por sí mismo nada diferente a lo ocurrido, no es dable radicar en cabeza de DAIP S.A. los efectos de tal retardo. Además, la situación presentada con los permisos comentados no fue en manera alguna extraña a la previsión contractual. Las partes regularon el tema, incluso para trasladar muchos riesgos en cabeza del convocante, quien libre y autónomamente lo aceptó. Al efecto conviene recordar que en este proceso nada se discute ni ha planteado acerca de vicios del consentimiento.

4.2.6. En el proceso quedó probado que se presentaron una serie de lluvias y paros que retardaron la construcción de las obras que se habían previsto. Empero, esa situación en sí misma no da lugar a que se configure la teoría de la imprevisión. No lo considera así el tribunal porque estas situaciones, al igual que otras tantas, no fueron imprevisibles. Al contrario, las partes expresamente contemplaron la posibilidad de ocurrencia de los mismos en la cláusula sexta del subcontrato, que líneas atrás ya fue trascrito.

Esta cláusula no se puede considerar *per se* como ilegal, toda vez que, la autonomía de la voluntad tiene un carácter vinculante en las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado<sup>(30)</sup>, lo cual indica que las partes en desarrollo de un contrato son libres de estipular su clausulado, siempre que, claro está, no contravengan el orden público, las buenas costumbres y el interés general.

Es común que en los contratos de adhesión se abuse de este tipo de cláusulas; pero en este caso no se está en presencia de un contrato tal. Es decir que ha de entenderse que las partes tuvieron la posibilidad de discutir y acogerse al clausulado del mismo.

En el caso *sub judice*, las partes estipularon la cláusula en comento, previendo la posibilidad de ocurrencia de ciertos hechos que podían afectar el desarrollo del objeto contractual y cuyas consecuencias debían ser soportadas por el subcontratista, es decir, por Exconvial.

Entonces, este tribunal considera, que no es posible que el demandante arguya, so pretexto de la ocurrencia de paros y lluvias, la teoría de la imprevisión, pues los requisitos para su operancia no concurren. Insiste el tribunal que no cree que se configure la imprevisibilidad por cuanto Exconvial asumió expresamente los riesgos hidrológicos y sociales, esto es, hubo una regulación al respecto que debe ser respetada en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

Pero es que aun en el caso en que pudiera prescindirse de tal estipulación, por demás sin razón, no encuentra el tribunal elementos probatorios con poder que le lleven a un convencimiento acerca de lo anormal, excepcional y extraordinario de esos eventos, dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar existentes.

En consecuencia, al no darse los presupuestos para la aplicación de la teoría de la imprevisión no le es dable al tribunal proceder a la revisión del mismo ni a pregonar a favor del convocante efectos económicos.

4.2.7. En relación con las obras adicionales ejecutadas por Exconvial, es menester que este tribunal establezca una serie de circunstancias en orden a determinar la procedencia del pago incoado por Exconvial.

Para ello es preciso traer a colación la siguiente pregunta formulada por Exconvial para ser resuelta por el perito técnico designado:

“12. En relación con las obras adicionales ejecutadas por Exconvial durante la ejecución de los subcontratos el perito verificará y establecerá: i) cuáles fueron las obras adicionales ejecutadas por Exconvial; ii) cuáles fueron las razones o motivos por las que resultó necesario ejecutar las obras adicionales; iii) cuál es el precio histórico, individual, para los trabajos adicionales y cuál la sumatoria; iv) cuáles de las obras adicionales ya fueron pagadas a Exconvial”.

El perito Luna respondió en estos términos:

“(… iv) Las facturas radicadas por Exconvial por construcción de puentes y pontones fueron “cruzadas” con anticipos en la contabilidad de DAIP S.A., sin que hubiese producido ningún desembolso y/o transferencia de dineros por estos conceptos”.

También resulta menester precisar que el perito José María del Castillo al rendir el dictamen pericial financiero expresó los dineros pagados por Ecopetrol a favor de DAIP S.A. por obras ejecutadas por Exconvial, así:

Construcción de puentes temporales: \$ 31.628.865

Costo de apertura de vía no previsto corredor compartido: \$ 187.656.231

Salto de maquinaria en derecho de vía compartido: \$ 49.184.055

Mayor volumen de barreras en zanja: \$ 89.885.474

Subtotal acta de liquidación: \$ 326.725.760

Total acta de liquidación + acta de acuerdo: \$ 358.354.625

Adicionalmente, el auxiliar de la justicia, luego de hacer un estudio sobre los hechos ocurridos, consideró que los eventos que originaron los reclamos de DAIP S.A. y el reconocimiento de Ecopetrol fueron de dos clases: obras adicionales y “salto de maquinaria” que Exconvial tuvo que efectuar.

Es en atención al material probatorio que obra en el expediente, de donde este tribunal deduce que DAIP S.A. no ha reconocido el valor por obras adicionales ejecutadas por Exconvial ni por saltos de maquinarias dada la mayor dificultad de la prevista en la construcción del derecho de vía, que fueron reconocidos por Ecopetrol y que equivalen a la suma de \$ 358.354.625.

Ahora bien, siendo que los costos generados por los saltos de maquinaria son el resultado del retardo en la obtención del permiso por parte de Ocensa, y, por el otro, tal como quedó esbozado en el acápite relativo a la naturaleza jurídica de la obligación de DAIP S.A., no puede imputársele responsabilidad a título de incumplimiento de su obligación pues esta era de medio y no de resultado, para el tribunal es claro que no hay lugar a efectuar reconocimiento alguno por este concepto. Las consecuencias económicas que se produjeron, deben radicarse en cabeza de Exconvial por haber asumido directamente los riesgos que esas situaciones producen.

Al respecto el perito del Castillo dijo en las aclaraciones y complementaciones a su dictamen, presentadas el día 5 de octubre del 2004, lo siguiente:

“La demandante tuvo que alterar la programación de sus trabajos porque DAIP S.A. no le suministró oportunamente los permisos necesarios para desarrollarlos linealmente, tal y como estaba previsto.

La ejecución de los trabajos demandó entonces, el traslado de los recursos a un lugar donde sí pudiera trabajar y el retorno de los mismos al sitio en el que se vieron interrumpidos, por la falta de los permisos necesarios.

De todos los documentos estudiados por este perito es claro que los costos correspondientes a los “saltos de maquinaria” no han sido pagados por DAIP S.A. a la demandante”.

En punto del mayor volumen de las barreras en zanja, no puede ser reconocido por este tribunal a Exconvial, toda vez que, esto se produjo como consecuencia de los inviernos que se presentaron en el desarrollo del objeto contractual y en esa medida, tal situación fue asumida por el demandante en la cláusula sexta del subcontrato.

Al respecto el perito Luna Ríos manifestó lo siguiente:

**“(...) Debido al intenso invierno y a las dificultades encontradas por DAIP S.A. en el doblado fue necesario sobreeexcavar y con ello incrementar el volumen de las barreras en la zanja (...).”**

En cuanto a los puentes y pontones, el dictamen realizado por el referido perito da cuenta que “fueron necesarios para permitir el paso de maquinaria de las demás actividades de construcción del poliducto de oriente”. Traduce lo dicho que al tribunal no le queda duda alguna de su realización y de su importancia para cumplir con el objeto del contrato. En sus alegatos, DAIP S.A. indica que los costos por la construcción de puentes y pontones fueron cancelados al convocante a manera de “cruce de cuentas”. El perito técnico Luna al pronunciarse sobre este particular señala que “las facturas radicadas por Exconvial por construcción de puentes y pontones fueron “cruzadas” con anticipos en la contabilidad de DAIP S.A., sin que se hubiese producido ningún desembolso y/o transferencia de dineros por estos conceptos”.

Al responder las aclaraciones solicitadas, dicho perito indica que “el análisis de las facturas y si fueron pagadas o no corresponde a una pericia contable y no a una técnica, razón por la cual me abstengo de hacer valoraciones respecto de los soportes contables y si ellos constituyen prueba o no de pago alguno ya que ello se escapa de objeto material de la pericia”.

Con base en esto, el tribunal encuentra que las obras se hicieron, que DAIP S.A. las ordenó porque Ecopetrol lo exigió, que esa entidad pública canceló un valor por este concepto; que su valor también fue determinado de manera concreta en el proceso. En efecto, dicho perito técnico señaló que el valor histórico de dos pontones y dos puentes asciende a la suma de cuarenta y ocho millones doscientos veinte mil doscientos doce pesos (\$ 48.220.212).

Para efectos de que prospere el extremo incoado por la convocada, era su deber acreditar el pago; lo que entiende el tribunal no sucedió habida cuenta que no apareció comprobación cierta y real acerca del concepto o conceptos a que dicho cruce correspondía. Por lo mismo, ordenará el reconocimiento de estos costos a favor de Exconvial.

Reconocimiento de ese valor histórico más su correspondiente actualización, utilizando para el efecto los índices de precios al consumidor certificados por el DANE<sup>(31)</sup>. Con tal fin, se tomará como índice inicial el del mes de octubre de 1998 (98,9194) y como índice final el de mayo del 2005 (159,10) y de cuya división resulta el coeficiente de actualización (1,6083) el que será multiplicado por el valor a actualizar. Todo lo cual arroja un valor de setenta y siete millones quinientos cincuenta y dos mil quinientos sesenta y seis pesos con noventa y cinco centavos moneda corriente (\$ 77.552.566,95).

Como quiera que la obligación a cargo de DAIP S.A., solo aparece ahora con este fallo, siendo que siempre fue negada por la convocada, no habrá lugar a condena de intereses moratorios.

En punto de los costos de apertura de vía no previstos en el corredor compartido equivalentes a \$ 187.656.231, este tribunal considera que no se deben reconocer a Exconvial, puesto que, a pesar de que en el curso del proceso quedó probado que Ecopetrol canceló esta suma de dinero a DAIP S.A., no se pudo establecer cuáles de las obras que caen bajo tal concepto fueron realizadas exclusivamente por Exconvial. Este aspecto es determinante si se considera que al menos una parte, así sea mínima, de tales obras no fueron ejecutadas por Exconvial. La ausencia, entonces, de ese detalle impide efectuar condena alguna por este concepto. En este punto, huelga destacar que lo encontrado por el dictamen financiero acerca de su valor, no implica en sí mismo que esas obras, en su totalidad, fueron acometidas por Exconvial. Ello por cuanto lo que verificó el perito es el valor que por costos de apertura reconoció Ecopetrol a DAIP S.A., mas no lo relativo a la parte que construyó esas obras, entre otras razones, por cuanto no era ese el objeto de tal prueba.

Para profundizar sobre este particular y en apoyo de lo indicado, cabe recordar que DAIP S.A. ha negado que Exconvial haya realizado esas obras, lo que implicaba que correspondía al actor probarlas. En la contestación a la demanda se dijo:

“El subcontratista pretende cobrar un sobrecosto en el que realmente no incurrió, dada la terminación anticipada de los contratos, que ya fue narrada. En efecto gran parte del derecho de vía en el corredor compartido se ejecutó cuando Exconvial había abandonado el proyecto”.

Adicionalmente y que es lo que conduce a sostener por parte del tribunal que Exconvial no ejecutó todas las obras, es lo dicho por el perito Luna, quien asevera que no se permitió a Exconvial ejecutar esta actividad. Si no hay obra, no puede hablarse de algo realizado; a lo sumo habría que determinar las razones de esa negativa y, eventualmente, la compensación de una utilidad dejada de percibir, si no se encuentra imputabilidad del reclamante. En aras de la puntualización requerida, recuerda lo dicho por tal profesional:

“Como se explicó en *extenso* en el dictamen el reconocimiento procede precisamente porque no se permitió a Exconvial ejecutar la actividad de apertura del derecho de vía en el corredor compartido. Como se establecía en las especificaciones técnicas, se esperaba que el corredor compartido con Ocensa se tratara de un derecho de vía abierto con menor dificultad constructiva, menores cortes, menor movimiento de tierras y por consiguiente mayores rendimientos.

El subcontratista se vio obligado a ejecutar aquellas partes que correspondían a un derecho de vía por abrir, con una comparativa mayor dificultad y se le impidió realizar el tramo en el cual obtendría mayores rendimientos (...”).

En cuanto a los costos *stand by*, se demostró durante el proceso que estos se debieron también a la demora en otorgar el permiso por parte de Ocensa, a los paros y lluvias; en consecuencia no es preciso, por las razones señaladas anteriormente que se reconozcan estos valores.

Ahora bien, DAIP S.A. manifestó en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión que Exconvial es quien le debe dinero, correspondiente entre otras a obligaciones laborales de aquella que no fueron canceladas oportunamente por esta y que por tanto, Exconvial procedió a cancelar.

Este tribunal considera, que no puede ser declarada la existencia y monto del saldo a favor de DAIP S.A. pues no fue debidamente probado en el curso del proceso. Tampoco existe en el expediente prueba alguna de los incumplimientos que DAIP S.A. aduce para sustentar la excepción de contrato no cumplido, vale decir lo atinente a un paz y salvo a la terminación del contrato; la cancelación de acreencias laborales; cancelación de obligaciones con proveedores; y paz y salvos de parafiscales.

No obstante tal excepción no está llamada a prosperar, por cuanto, se insiste, los incumplimientos imputados a Exconvial no se probaron, tampoco hay lugar a lo reclamado por el convocante en razón de lo dicho sobre lo pactado respecto de riesgos y la no prueba de otros aspectos cardinales.

Observa el tribunal que esta situación no cambia en relación con la inejecución completa del objeto mismo, pues más que un incumplimiento propiamente dicho, de lo que se trató fue de un pacto “tácito” de no continuación, respecto de lo cual, dado la postura asumida por Exconvial, nada dijo ni hizo DAIP S.A., diferente a lo que ahora indica como mecanismo de defensa. Pero es que al momento de plantearlo, ya se habían sucedido las conductas recíprocas y evidentes de las dos partes, tendentes a dejar sin efecto el negocio.

4.2.8. En punto de la liquidación incoada, debe indicar el tribunal que al no tener esta figura una regulación expresa en el derecho privado y al no existir un pacto entre las partes sobre el particular, no le corresponde efectuar dicha liquidación. Pero es que además, los subcontratos objeto del debate que convoca a este tribunal, ya se extinguieron por cuenta de la ocurrencia de claras causales de extinción previstas en la ley. No hace falta revivirlos para hacer un corte de cuentas, siendo que lo pendiente es la determinación de las materias que conoce este tribunal, definido lo cual se producirá plena claridad sobre tales subcontratos.

De acuerdo con el material probatorio, se observa que el contrato terminó en virtud de la intención clara de las partes de no continuar con él, expresada en comportamientos que llevaron a “alejarse y desentenderse” de la

ejecución contractual.

## 5. Capítulo quinto

### Parte resolutiva

En mérito de lo anteriormente expuesto en el presente laudo arbitral, este tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Denegar la objeción por error grave formulada por la parte convocante al dictamen pericial financiero rendido en el proceso.
2. Denegar la objeción por error grave formulada por la parte convocada al dictamen pericial técnico rendido en el proceso.
3. Denegar la tacha de sospecha presentada por el apoderado de DAIP S.A. frente al testimonio del señor Mauricio Cufiño Peña.
4. Declarar la prosperidad parcial de la excepción denominada “Hecho de un tercero como eximiente de la responsabilidad de DAIP S.A.”.
5. Denegar las demás excepciones formuladas por la parte convocada.
6. Condenar a DAIP S.A. (hoy Mantenimiento y Montajes Industriales Masa S.A. sucursal Colombia en liquidación) a pagar a Exconvial la suma de setenta y siete millones quinientos cincuenta y dos mil quinientos sesenta y seis pesos con noventa y cinco centavos moneda corriente (\$ 77.552.566,95), por cuenta del valor histórico y actualización por construcción de puentes y pontones.
7. Ordenar que la suma señalada en el numeral anterior deberá ser cancelada por DAIP S.A. dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de este laudo, tiempo durante el cual no se generarán ningún tipo de intereses. Vencido ese plazo se iniciará la causación de intereses moratorios en los términos del artículo 884 del Código de Comercio.
8. Denegar las demás pretensiones declarativas y de condena de la demanda formuladas por Exconvial.
9. Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.
10. Protocolizar el presente laudo junto con el expediente en una notaría de esta ciudad, con cargo al rubro de protocolizaciones, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, 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.
11. Entregar a cada una de las partes copia auténtica del presente laudo arbitral.

Esta providencia queda notificada en estrados.

*Fernando Sarmiento Cifuentes*, presidente—*Luis Guillermo Dávila Vinueza*, árbitro—*Mauricio Ramírez Franch*, árbitro.

*Eduardo Mantilla Serrano*, Secretario.

---