

Tribunal de Arbitramento

Terpel de la Sabana S.A.

v.

Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd.

Agosto 19 de 2005

Acta 22

En la ciudad de Bogotá, D.C., el día diecinueve (19) de agosto de dos mil cinco (2005), a la hora de las tres de la tarde (3.00 p.m) día y hora señalados en el auto de dos (2) de agosto anterior, notificado personalmente a los apoderados de las partes, se hicieron presentes en la sede del tribunal los doctores Fernando Hinestrosa, presidente, Carlos Lleras De La Fuente y Felipe Navia Arroyo, árbitros, y Hernando Parra Nieto, secretario, con el propósito de adelantar la audiencia dentro de la cual habrá de proferirse el laudo arbitral dentro del presente proceso.

Se hicieron presentes también, los doctores Marco Aurelio Llinás, apoderado de la parte convocante, César Jaime Gómez Jiménez y Álvaro Yáñez Peñaranda, apoderados de la parte convocada.

A continuación el presidente dispuso la lectura del siguiente:

Laudo Arbitral

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad prevenida por la ley para este efecto, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que pone fin a este litigio y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre Terpel de la Sabana S.A., parte convocante, y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho.

I. Capítulo primero

1. Antecedentes.

1.1. Convocatoria.

La sociedad Terpel de la Sabana S.A. solicitó por conducto de apoderado especial la convocatoria de un tribunal de arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y presentó demanda el cinco (05) de mayo de dos mil cuatro (2004), contra las sociedades extranjeras Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B.V., y Coplex Colombian Limited, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el contrato denominado “contrato de venta de crudo” suscrito por las partes el día veintidós (22) de agosto de 2003, y en el cual ellas pactaron arbitramento en la cláusula vigésima primera, en los siguientes términos:

“(…).

Cláusula vigésima primera. Compromisoria. Si surgieren discrepancias o diferencias de cualquier índole entre las partes en relación con, o resultantes del contrato, susceptibles de transacción, estas serán resueltas por un tribunal de arbitramento que se sujetará a lo dispuesto por la ley colombiana, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo entre las partes. Si estas no pudieren llegar a un acuerdo dentro de los quince (15) días siguientes al momento en que una de las partes le haya pedido a la otra la convocatoria del tribunal, los árbitros serán nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

c) El fallo del tribunal será en derecho.

d) El tribunal sesionará en Bogotá en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Si alguno de los términos y condiciones del contrato aparecieren idiomas diferentes, prevalecerá la versión en español”.

Ante diferencias surgidas con relación al contrato citado, las partes suscribieron un acuerdo el cuatro (4) de febrero de dos mil cuatro (2004), mediante el cual prorrogaron el término establecido en la cláusula vigésima primera —compromisoria— habiéndolo llevado hasta el día dieciséis (16) de febrero de 2004 a la hora de las seis de la tarde (6.00 p.m.), para seleccionar de común acuerdo los árbitros que habrían de dirimir la controversia surgida entre ellas. En esta última fecha acordaron designar a los doctores Carlos Lleras De La Fuente y Fernando Hinestrosa, como árbitros, con facultad para que con acuerdo entre ellos escogieran el tercer árbitro de una lista que los representantes de las sociedades signatarias del contrato entregarían para este propósito. Una vez aceptado el encargo por los doctores Hinestrosa y Lleras De La Fuente, en reunión llevada a cabo el ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004) aquellos designaron como tercer árbitro al doctor Felipe Navia Arroyo, quien mediante comunicación de catorce (14) de abril siguiente hizo conocer su aceptación para conformar el tribunal de arbitramento en la forma dispuesta por las partes.

1.2. Instalación.

El tribunal de arbitramento se instaló el día diecisiete (17) de mayo de dos mil cuatro (2004), en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la Avenida Calle 26 N° 68 D – 35 piso tercero (3°) de esta ciudad, habiendo designado como Secretario al doctor Hernando Parra Nieto, quien posteriormente aceptó el cargo y se posesionó ante el presidente del tribunal lo cual consta en acta 2 de fecha quince (15) de junio de 2004 [fls. 174 a 176 del cdno. ppal. 1].

En la misma audiencia de 17 de mayo de 2004 se admitió la demanda presentada por la sociedad Terpel de la Sabana S.A., providencia que fue notificada a la parte demandada el mismo día, y su traslado se cumplió en los términos del artículo 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

En providencia de quince (15) de junio de 2004, el tribunal tiene por contestada la demanda y en la misma providencia admite las demandas de reconvención presentadas por la parte convocada, las cuales fueron notificadas a la parte convocante por el término establecido en el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil y 141 del Decreto 1818 de 1998, quien las atendió mediante escrito de contestación que obra a folios 178 a 184 del cuaderno principal del expediente. Surtido el traslado común de las excepciones de fondo propuestas en las contestaciones a la demanda, y en la contestación a las demandas de reconvención, solo la convocante lo recorrió mediante escrito incorporado a folio 185 del cuaderno principal.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, el día doce (12) de julio de dos mil cuatro (2004) según consta en el acta 4, que obra a folios 189 a 193 del cuaderno principal, y durante la cual se estableció la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes, razón por la cual se cerró la etapa conciliatoria, y se decidió continuar con el trámite arbitral. En la misma audiencia se señalaron los honorarios de los miembros del tribunal, así como la partida para gastos de funcionamiento. Las partes oportunamente consignaron las sumas correspondientes por concepto de honorarios y gastos del tribunal, a órdenes de su presidente.

1.3. Primera audiencia de trámite.

El día diecinueve (19) de agosto de 2004, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite [acta 06 fls. 213 a 225 del cdno. ppal. 1], en la cual se atendió la lectura de la cláusula compromisoria del contrato que dio origen al proceso arbitral, de las pretensiones de la demanda [fls. 2 a 4 del cdno. ppal.], de las excepciones propuestas en las contestaciones a la demanda [fls. 55 a 75 y fls. 116 a 138 del cdno. ppal. 1]; de igual manera se dio lectura a las pretensiones de las demandas de reconvención presentadas por la parte convocada [fls. 77 a 79 y 139 a 171, del cdno. ppal. 1]. El secretario dio lectura también a la cuantía de las pretensiones y finalmente mediante providencia de esa misma fecha, el tribunal resolvió asumir competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones y

excepciones formuladas tanto por la convocante reconvenida, como por la parte convocada reconveniente.

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 262 de 2000, y para los propósitos allí contemplados, se dispuso comunicar a la Procuraduría General de la Nación sobre la instalación del tribunal.

El tribunal en esta primera audiencia, decretó las pruebas solicitadas por las partes, mediante providencia que no fue objeto de recursos.

1.4. Término de duración.

Como las partes no acordaron el término de duración del proceso arbitral el tribunal lo fijó en seis (6) meses, contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, de acuerdo con lo dispuesto por las normas que regulan el proceso arbitral.

1.5. Suspensión de términos.

El término del proceso fue suspendido por solicitud conjunta de los apoderados de las partes en las siguientes oportunidades, habiéndolo aceptado y decretado así el tribunal:

- Entre el quince (15) de octubre de dos mil cuatro (2004) y el veinticuatro (24) de octubre de dos mil cuatro (2004), ambas fechas incluidas en el cómputo de suspensión [acta 12, fl. 334 del cdno. ppal. 1].
- Entre el veintiséis (26) de octubre de dos mil cuatro (2004), y el seis (06) de diciembre de dos mil cuatro (2004), ambas fechas incluidas en el cómputo de suspensión [acta 13, fl. 354 del cdno. ppal. 1].
- Entre el ocho (08) de diciembre de dos mil cuatro (2004) y el treinta (30) de enero de dos mil cinco (2005), ambas fechas incluidas en el cómputo de suspensión [acta 14, fl. 362 del cdno. ppal. 1].
- Entre el quince (15) de marzo de dos mil cinco (2005) y el nueve (09) de mayo de dos mil cinco (2005), ambas fechas incluidas en el cómputo de suspensión [acta 19, fl. 382 del cdno. ppal. 1].
- Entre el once (11) de mayo de dos mil cinco (2005) y el tres (03) de agosto de dos mil cinco (2005), ambas fechas incluidas en el cómputo de suspensión [acta 20, fl. 385 del cdno. ppal. 1].

1.6. Total de días transcurridos.

Habida cuenta de las diversas ocasiones en las que fueron suspendidos los términos del presente proceso, el tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo, por cuanto han transcurrido hasta la fecha ciento diecinueve (119) días, de los ciento ochenta (180) que corresponden al tiempo establecido como límite para su funcionamiento.

1.7. Audiencias.

El tribunal sesionó durante el trámite del proceso en veintidós (22) audiencias durante las cuales se decretaron y practicaron pruebas, y se controvertieron las mismas, de suerte que agotada la instrucción, en audiencia celebrada el diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005) las partes alegaron de conclusión y por auto de 2 de agosto de 2005 se señaló como fecha de fallo la del día diecinueve (19) de agosto siguientes.

2. Presupuestos procesales.

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso, motivo por el cual encuentra mérito suficiente para proferir el presente laudo arbitral.

En efecto, en los documentos aportados al proceso y en las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal se estableció:

2.1. Parte demandante.

Es Terpel de la Sabana S.A., sociedad comercial constituida conforme a las normas comerciales colombianas, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido el dieciséis (16) de abril de 2004, por la Cámara de Comercio de Bogotá, agregado al expediente, folios 16 al 20 del cuaderno principal 1. El domicilio de principal de Terpel de la Sabana S.A., corresponde a la ciudad de Bogotá, D.C., y su representación legal está a cargo del gerente, cargo que para la fecha de la certificación ejercía la doctora Silvia Escovar Gómez.

2.2. Parte demandada: La conforman las siguientes sociedades.

- Thetys Petroleum Company Limited, sociedad extranjera con domicilio principal en Isla de Man, establecida legalmente en Colombia bajo sucursal mediante escritura pública 1028 de 7 de abril de 1998, otorgada en la Notaría 11 del Circulo de Bogotá, debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo la matrícula mercantil 00331814. Su representación legal, de acuerdo con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá el día dieciséis (16) de abril de 2004, la ostentan los señores Boris Patricio Abad Guerra, como representante legal principal, y Reinaldo Baquero del Campo, como representante legal suplente.
- Meta Petroleum Ltd., sociedad extranjera con domicilio principal en Islas Cayman, establecida legalmente en Colombia bajo sucursal mediante escritura pública 2216 de 19 de agosto de 2003, otorgada en la Notaría 5 de Bogotá, debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo matrícula mercantil 01301617. Su representación legal, de acuerdo con la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá el día tres (3) de septiembre de 2004, la ostentan los señores Boris Patricio Abad Guerra, como representante legal principal, y Reynaldo Baquero del Campo, como representante legal suplente. La condición de parte de esta sociedad fue admitida como consecuencia de la sucesión procesal reconocida por el tribunal en auto de cuatro (4) de octubre de dos mil cuatro (2004), [fl. 270 del cdno. ppal. 1], resultado de la integración patrimonial de las sociedades Turnsector Limited, Rubiales Oil B.V. y Coplex Colombia Limited.

2.3. Capacidad.

Tanto la sociedad convocante como las sociedades convocadas tienen capacidad para transigir, por cuanto en la documentación estudiada no se consagra restricción alguna al respecto, y las diferencias surgidas entre ellas y sometidas a conocimiento y decisión de este tribunal, son de carácter patrimonial, y susceptibles de definirse por transacción de acuerdo con la ley.

2.4 Apoderados.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se acordó en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados, la convocante, por el doctor Marco Aurelio Llinas Volpe y las convocadas por los doctores Álvaro Yáñez Peñaranda y César Jaime Gómez Jiménez, según poderes especiales a ellos conferidos; su personería para actuar fue reconocida durante la etapa prearbitral.

II. Capítulo segundo

Síntesis del proceso

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

En la demanda, Terpel de la Sabana S.A. solicita que mediante laudo arbitral que haga tránsito a cosa juzgada se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Declarar que el negocio jurídico que celebraron la sociedad Terpel de la Sabana S.A. y las sociedades Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Coplex Colombia Limited, y que las partes denominaron “contrato de compraventa de crudo”, fue un contrato de suministro, contrato este que se encuentra contenido en el documento suscrito el veintidós (22) de agosto de dos mil tres (2003).

Segunda. Declarar que las convocadas Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B.

V. y Coplex Colombia Limited dieron por terminado de manera ilegal y sin justa causa el antes mencionado contrato de suministro que celebraron con la sociedad Terpel de la Sabana S.A.

Tercera. Condenar a las convocadas Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Coplex Colombia Limited, como consecuencia de la anterior declaración, a pagar el valor de los perjuicios que con su terminación ilegal e injustificada le han causado a la sociedad Terpel de la Sabana S.A., los que ascienden a la suma de un mil ochocientos setenta y dos millones de pesos (\$1.872.000.000) y que corresponden a la cláusula penal contenida en el parágrafo primero (1º) de la cláusula décima octava (18) del contrato de suministro que celebraron las partes.

Cuarta. Declarar que las convocadas Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Coplex Colombia Limited deben pagar a la sociedad Terpel de la Sabana S.A. la suma de dos mil noventa y dos millones doscientos veintinueve mil ciento veinticinco pesos con ochenta y dos centavos (\$ 2.092.229.125.82), junto con los intereses a la tasa más alta legalmente permitida, cantidad esta que se desglosa y se determina así:

- a) La suma de un mil quinientos noventa y ocho millones seiscientos setenta y seis mil seiscientos noventa y dos pesos con treinta y dos centavos (\$1.598.676.692.32), por concepto del reembolso del precio diferencial por los despachos de crudo de Rubiales que se hicieron hasta el mes de diciembre de dos mil tres (2003);
- b) La suma de tres millones sesenta y un mil ciento sesenta y nueve pesos con treinta y tres centavos (\$3.061.169.33), por concepto del descuento a que tiene derecho Terpel de la Sabana S.A. en razón de la humedad y la calidad del crudo suministrado;
- c) La suma de doscientos un millones novecientos siete mil novecientos treinta y seis pesos con cuarenta y siete centavos (\$201.907.936.47), por concepto del crudo que Terpel de la Sabana S.A. pagó pero que fue entregado en la ciudad de Cartagena a otros clientes de las convocadas; y
- d) La suma de doscientos ochenta y ocho millones quinientos ochenta y tres mil trescientos veintisiete pesos con setenta centavos (\$288.583.327.70), por concepto del IVA que la convocante canceló pero que las demandadas no le han restituido en la parte proporcional.

Quinta. Condenar a las convocadas Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Coplex Colombia Limited a pagar a la sociedad Terpel de la Sabana S.A. la suma de dos mil noventa y dos millones doscientos veintinueve mil ciento veinticinco pesos con ochenta y dos centavos (\$2.092.229.125.82), junto con los intereses a la tasa más alta legalmente permitida, cantidad esta que se desglosa y se determina así:

- a) La suma de un mil quinientos noventa y ocho millones seiscientos setenta y seis mil seiscientos noventa y dos pesos con treinta y dos centavos (\$1.598.676.692.32), por concepto del reembolso del precio diferencial por los despachos de crudo de Rubiales que se hicieron hasta el mes de diciembre de dos mil tres (2003);
- b) La suma de tres millones sesenta y un mil ciento sesenta y nueve pesos con treinta y tres centavos (\$ 3.061.169.33), por concepto del descuento a que tiene derecho en razón de la humedad y la calidad del crudo suministrado;
- c) La suma de doscientos un millones novecientos siete mil novecientos treinta y seis pesos con cuarenta y siete centavos (\$201.907.936.47), por concepto del crudo que Terpel de la Sabana S.A. pagó pero que fue entregado en la ciudad de Cartagena a otros clientes de las convocadas; y
- d) La suma de doscientos ochenta y ocho millones quinientos ochenta y tres mil trescientos veintisiete pesos con setenta centavos (\$288.583.327.70), por concepto del IVA que la convocante canceló pero que las demandadas no le han restituido en la parte proporcional.

Sexta. Condenar en costas a las convocadas Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Coplex Colombia Limited”.

1.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte convocante cita en la demanda, como fundamento de sus pretensiones, los siguientes hechos:

- “1. Las sociedades Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Complex Colombia Limited celebraron con la sociedad Terpel de la Sabana S. A. un contrato de suministro en virtud del cual aquellas se comprometían a entregar a esta, en promedio mensual, hasta diez mil barriles de petróleo crudo por día (10.000 BBL/D) extraído del campo Rubiales.
2. Este contrato quedó contenido en un documento privado que suscribieron las partes el veintidós (22) de agosto de dos mil tres (2003).
3. De acuerdo con lo pactado, dentro de la semana anterior a la iniciación de cada período mensual las asociadas debían comunicar a Terpel de la Sabana S.A. la cantidad de crudo que estaban en disposición de suministrar en el mes inmediatamente siguiente.
4. Se convino además en la creación de un comité ejecutivo que tendría por función, entre otras, aprobar que Terpel de la Sabana S.A. adquiriera crudo por debajo del volumen que cada mes señalaran las asociadas en el caso en que “por alguna circunstancia de índole comercial o de mercado) no pudiese adquirir la cantidad prefijada.
5. Como el número de miembros del comité ejecutivo era par, se previó que si se daba un empate en la votación, la decisión debía ser tomada por el representante legal de Tethys Petroleum Company Limited.
6. El representante legal de Tethys Petroleum Company Limited para decidir debería tener en cuenta “la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de Terpel”.
7. Se convino además que la fijación de la cuantía de suministro debía tener “en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel durante el mes anterior”.
8. En suma, de acuerdo con el contrato celebrado por las partes, en ningún caso quedaba al solo arbitrio de las convocadas el imponer el volumen de crudo que debía ser adquirido por Terpel de la Sabana S.A. porque los criterios rectores para determinar la cantidad de crudo que debía adquirir de las asociadas eran: a) El mercado ya conquistado por Terpel de la Sabana S.A. durante el mes anterior; y b) La equidad del negocio para no perjudicar los intereses de Terpel de la Sabana S.A.
9. De las reuniones del comité ejecutivo se levantaron actas que las convocadas no suscribieron.
10. Las convocadas siempre pretendieron imponer de manera unilateral la cantidad mínima de crudo que según su opinión debía ser adquirida.
11. Terpel de la Sabana S.A. se obligó a presentar en la fecha de suscripción del contrato y a mantener durante su vigencia, pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia que aseguraran la responsabilidad civil extracontractual, el cumplimiento del contrato y los salarios, prestaciones e indemnizaciones de su personal.
12. Se acordó, de acuerdo con el numeral 4º de la cláusula décima octava del contrato, que sería causal de terminación del contrato “el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones contraídas..., siempre y cuando dicho incumplimiento no sea subsanado en un término máximo de ocho (8) días...”.
13. El precio del crudo sería fijado por las asociadas teniendo en cuenta no solo el valor oficial señalado por Ecopetrol para el *fuel oil* sino también el margen de comercialización, los impuestos y los fletes, de tal suerte que habida cuenta de todos estos factores el precio de venta siguiera siendo inferior al que presentara el *fuel oil* en el mercado.
14. La calidad del crudo suministrado por las convocadas debería tener las características indicadas en el anexo dos (2) y en caso contrario se haría el descuento correspondiente.
15. Terpel de la Sabana S.A. canceló a las demandadas el valor de un crudo que fue entregado en la ciudad de

Cartagena a otros clientes de las convocadas.

16. En razón de los precios diferenciales resultantes de aplicar la cláusula décima primera (11) y que se menciona en el numeral trece (13) de estos hechos, del reembolso por el descuento por la calidad del crudo y al que se refiere el numeral catorce (14) y del valor del crudo que la convocante pagó y al que se refiere el numeral quince (15), Terpel de la Sabana S.A. canceló un IVA a la DIAN que le debe ser reintegrado.

17. En consecuencia, las convocadas Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B. V. y Complex Colombia Limited le deben a la sociedad Terpel de la Sabana S.A. la suma de dos mil noventa y dos millones doscientos veintinueve mil ciento veinticinco pesos con ochenta y dos centavos (\$2.092.229.125.82), junto con los intereses a la tasa más alta legalmente permitida, por los siguientes conceptos y determinaciones:

a) La suma de un mil quinientos noventa y ocho millones seiscientos setenta y seis mil seiscientos noventa y dos pesos con treinta y dos centavos (\$1.598.676.692.32), por concepto del reembolso del precio diferencial por los despachos de crudo de Rubiales que se hicieron hasta el mes de diciembre de dos mil tres (2003) y a que se refiere el hecho trece (13);

b) La suma de tres millones sesenta y un mil ciento sesenta y nueve pesos con treinta y tres centavos (\$3.061.169.33), por concepto del descuento a que tiene derecho en razón de la humedad y la calidad del crudo suministrado y al que se refiere el hecho catorce (14);

c) La suma de doscientos un millones novecientos siete mil novecientos treinta y seis pesos con cuarenta y siete centavos (\$201.907.936.47), por concepto del crudo que Terpel de la Sabana S.A. pagó pero que fue entregado en la ciudad de Cartagena a otros clientes de las convocadas y al que se refiere el hecho quince (15); y

d) La suma de doscientos ochenta y ocho millones quinientos ochenta y tres mil trescientos veintisiete pesos con setenta centavos (\$288.583.327.70), por concepto del IVA que la convocante canceló pero que le debe ser reintegrado.

18. Las convocadas se han negado a pagar las sumas de dinero antes mencionadas.

19. Desde el comienzo de la ejecución del contrato las asociadas pretendieron que Terpel de la Sabana S.A. adquiriera el volumen de crudo que ellas *ad libitum* establecieran, empero la suministrada solo adquirió diariamente aquella cantidad que resultaba después de tener en cuenta el mercado ya conquistado durante el mes anterior, de tal suerte que se mantuviera la equidad del negocio y no se perjudicaran sus intereses.

20. En los comités Terpel de la Sabana S.A. presentaba a las convocadas con la frecuencia requerida un informe sobre la situación del mercado del crudo, su potencialidad y su crecimiento.

21. El mercado del crudo se ha contraído por las políticas ambientales del Estado ya que se ha promovido la sustitución de aquel combustible por el gas natural, dadas sus virtudes no contaminantes.

22. Terpel de la Sabana S.A. realizó todas las gestiones tendientes a tomar las pólizas de seguros que de acuerdo con el contrato debía constituir. Sin embargo, las diferentes aseguradoras colombianas que se contactaron para el efecto declinaron la propuesta por haber encontrado dificultad para colocar el riesgo ante una compañía reaseguradora.

23. El siete (7) de enero de dos mil cuatro (2004) las convocadas comunicaron a Terpel de la Sabana S.A. que habida cuenta que no estaba adquiriendo los volúmenes de crudo que ellas señalaban y que no había tomado los seguros ya mencionados, le concedían un plazo de ocho (8) días para subsanar los supuestos “incumplimientos”.

24. Mediante escrito del veintiuno (21) de enero de dos mil cuatro (2004), las asociadas dieron por terminado de manera unilateral el contrato por considerar que los supuestos incumplimientos no habían sido subsanados por Terpel de la Sabana S.A. en el término contractual de ocho (8) días.

25. Esta terminación además de ser ilegal es injustificada porque no se ajusta a las previsiones legales o contractuales ni a los hechos acontecidos.

26. Antes de dar por terminado el contrato, las convocadas, extrañamente, solicitaron la entrega de una relación completa de los clientes de Terpel de la Sabana S.A. que adquirirían el crudo de Rubiales.
27. El veintiséis (26) de enero de dos mil cuatro (2004) las convocadas informaron por medio del diario El Tiempo “que a partir de la fecha comercializarían directamente su producto”.
28. Luego, la terminación ilegal e injustificada del contrato ha permitido que las convocadas se estén ahora apropiando del esfuerzo profesional y económico desplegado por Terpel de la Sabana S.A. para ejecutar las prestaciones que el contrato de suministro le había impuesto.
29. Se estipuló que si las asociadas terminaban de manera anticipada el contrato sin justa causa, deberían pagar a Terpel de la Sabana S.A. una pena equivalente al valor de la facturación de los últimos diez (10) días¹².
30. De acuerdo con el párrafo primero (1º) de la cláusula décima octava (18ª) del contrato, el valor de la facturación de los últimos diez (10) días asciende aproximadamente a un mil ochocientos setenta y dos millones de pesos (\$1.872.000.000).
31. Las convocadas aseveran que el contrato que celebraron con Terpel de la Sabana S.A. fue de compraventa.
32. Las convocadas insisten en que la convocante debía adquirir la cantidad de crudo que aquellas a su arbitrio le fijaran dentro del límite de diez mil barriles diarios (10.000 BBL/D).
33. El texto de las cláusulas contractuales fue redactado y extendido por las convocadas.
34. Las partes introdujeron en el contrato una cláusula compromisoria según la cual las discrepancias o diferencias de cualquier índole que surgieran en relación o como resultado del contrato, serían dirimidas por un tribunal de arbitramento integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo y cuya decisión debe ser en derecho.
35. Las partes modificaron parcialmente la cláusula compromisoria al convenir que nombrarían a dos (2) de los árbitros y que estos designarían al tercero.
36. Los doctores Fernando Hinestrosa Forero y Carlos Lleras De La Fuente fueron designados de común acuerdo y estos eligieron al doctor Felipe Navia Arroyo como tercer árbitro.
37. Los doctores Fernando Hinestrosa Forero, Carlos Lleras De La Fuente y Felipe Navia Arroyo aceptaron el cargo y así lo comunicaron a las partes.
38. El tribunal de arbitramento debe sesionar en Bogotá, D.C., en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y de acuerdo con sus reglas”.

2. Contestación a la demanda por parte de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited, esta última denominada actualmente Meta Petroleum Ltd.

2.1. Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda.

El apoderado de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited, esta última denominada actualmente Meta Petroleum Ltd. contestó la demanda con oposición a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones, en los siguientes términos:

“Primero. No me opongo a que se declare que las partes celebraron un contrato de suministro desde el mes de julio de 2003 cuyas estipulaciones recogieron en documento que suscribieron el 22 de agosto de 2003.

Segundo. Me opongo a la prosperidad de la segunda pretensión porque ante el incumplimiento en que incurrió Terpel de la Sabana S.A. de sus obligaciones, las sociedades que represento podían optar por el cumplimiento o por la resolución del contrato y en ambos casos con indemnización de perjuicios.

En efecto, Terpel de la Sabana S.A., que en adelante seguiré llamando Terpel, incurrió en incumplimiento de las

siguientes obligaciones:

A. Comprar las cantidades de petróleo crudo en las cantidades establecidas en el contrato de suministro;

B. Otorgar las pólizas a que se refiere la cláusula 15 del contrato;

C. Incurrir en “el incumplimiento, la falsedad de las declaraciones, certificaciones y acuerdos de las partes”. En efecto, Terpel dio a entender que había contratado los seguros a que antes me he referido de tal forma que se creyera que las pólizas habían sido expedidas, y además, se aportó el borrador de una de las actas de las reuniones del comité previsto en el contrato. En este borrador en la página uno aparece la expresión “a comprar el crudo que previo acuerdo de las partes se notifique mensualmente”. Esta expresión no corresponde al acta original firmada por el representante de las asociadas y por los funcionarios de Terpel señores Carlos Galeano y Sylvia Escovar.

Tercero. Me opongo a la prosperidad de la tercera pretensión en vista de que esta es consecuencia de la anterior que, si lo que he dicho corresponde a la realidad, no podría prosperar.

Cuarta. Me opongo a la declaración tal como está planteada. En su oportunidad y mediante comunicación que el apoderado de las asociadas envió a Terpel se dejó establecido que el procedimiento para reconocer un precio reconocido por los despachos de crudo Rubiales debía cumplirse dentro de la ejecución del contrato mediante un sistema de compensaciones con las facturaciones futuras. De igual manera, las sumas liquidadas en los literales *b*, *c* y *d* del mismo punto cuarto corresponden a liquidaciones efectuadas por Terpel de manera unilateral.

Quinta. Sobre la condena solicitada en la pretensión quinta me manifiesto en el mismo sentido del punto anterior por tratarse de las mismas apreciaciones de Terpel”.

2.2. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.

Como respuesta particular a cada uno de los hechos a que se refiere la demanda, el apoderado de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited, manifestó:

“Primero. Es cierto.

Segundo. Es cierto en cuanto en el documento suscrito el 22 de agosto de 2003 las partes recogieron lo que habían acordado desde antes de manera que el contrato se venía ejecutando desde antes.

Tercero. Es cierto. En este aspecto es necesario agregar que durante la vigencia del contrato las partes aceptaron las comunicaciones que mutuamente se dirigieron en la forma expresada en las diferentes manifestaciones que se hicieron.

Cuarto. Es cierto que se convino crear un comité ejecutivo que entre otras funciones tendría la de “aprobar la compraventa de crudo en volúmenes inferiores a los señalados mensualmente por las asociadas”.

Quinto. Es cierto.

Sexto. Es cierto.

Séptimo. Es cierto.

Octavo. No es cierto en la forma como aparece propuesto. El criterio no era solamente el del mercado que hubiera conquistado Terpel, sino aquel que hubiera podido conquistar desplegando la diligencia y actividad necesarias para lo cual se debe tener en cuenta la propuesta que presentó y las cantidades que proyectaba vender en las siguientes:

Mes	Galones que debía vender
Julio de 2003	1.169.070
Agosto de 2003	3.441.385

Septiembre de 2003	3.618.880
Octubre de 2003	3.994.200
Noviembre de 2003	4.499.460
Diciembre de 2003	4.999.680

En esta forma las ventas de Terpel se deberían incrementar mes por mes.

Noveno. No es cierto, adjuntaremos las actas que se firmaron.

Décimo. No es cierto, por cuanto las asociadas siempre fijaron las cantidades dentro de las posibilidades que debía tener Terpel con diligencia y cuidado diferentes a aquellos con los que actuó, que fueron los mismos que la llevaron a incumplir la obligación de contratar los seguros que se obligó a tomar.

Décimo primero. Es cierto porque Terpel se obligó a presentar a las asociadas en la fecha de suscripción del contrato y mantenerlas vigentes por un término que comprendía el plazo del contrato y 60 días más.

Décimo segundo. Es cierto. Es necesario señalar que además es causal de terminación “el incumplimiento, la falsedad de las declaraciones, certificaciones y acuerdos de las partes”.

Décimo tercero. Lo que se acordó en la cláusula 11 del contrato fue lo siguiente: “las asociadas se comprometen a fijar un precio favorable del crudo rubiales sobre el precio establecido por Ecopetrol para el Fuel Oil... El precio de venta a Terpel deberá tener en cuenta el margen de comercialización, impuestos y fletes, de tal manera que considerados estos valores del precio del crudo siga siendo inferior a los precios del mercado”.

Décimo cuarto. Es cierto. Con las características del petróleo crudo que se debía suministrar es cierto que se debe tener en cuenta lo establecido en el anexo 2.

Décimo quinto. No me consta.

Décimo sexto. No me consta. No contamos con los elementos ni documentos de la contabilidad de Terpel para saber si los pagos a la DIAN fueron hechos o no.

Décimo séptimo. No es un hecho. Es una afirmación de Terpel a la cual nos hemos puesto en la contestación de esta demanda.

Décimo octavo. No es cierto. Las asociadas están dispuestas a reconocer las cifras que efectivamente correspondan a Terpel y que se demuestren con los soportes respectivos.

Décimo noveno. No es cierto. Las asociadas siempre estuvieron dispuestas a fijar la cantidad de petróleo crudo que correspondiera a lo pactado en el contrato. Para estos efectos se deberían tener en cuenta, las posibilidades reales de comercialización. Lo que acontece es que Terpel actuó con culpa grave que se equipara al dolo en el cumplimiento de sus obligaciones. Como puede observarse claramente la actividad que desplegó para tomar los seguros que debía tomar, en las afirmaciones que hizo acerca de estos mismos seguros en las cuales incurrió en dolo y en las afirmaciones mismas que se hacen en el escrito de convocación.

Vigésimo. Es cierto.

Vigésimo primero. No es cierto. Las circunstancias existentes desde julio de 2003 existentes en el momento en que se comenzó a ejecutar el contrato entre las partes no han variado. Es imposible entender la afirmación a que se refiere este hecho.

Vigésimo segundo. No es cierto. La misma negligencia grave con que actuó Terpel para tomar los seguros que se obligó a contratar fue la que empleó para el cumplimiento del resto de las obligaciones. La carta dirigida por Terpel a la Fiduciaria Popular S.A. el día 26 de noviembre de 2003, cediendo a la fiduciaria unas pólizas inexistentes, es suficientemente explicativa de sus intenciones.

Vigésimo tercero. Es cierto que el día 7 de enero se envió la carta a que se refiere el hecho. En cuanto a su contenido es necesario atenerse a su texto.

Vigésimo cuarto. Es cierto que se envió la carta que en este hecho se menciona. En lo que se refiere a su contenido es necesario consultar su texto. Los incumplimientos de Terpel no son supuestos, sino reales y evidentes.

Vigésimo quinto. No es cierto.

Vigésimo sexto. Es cierto que las asociadas solicitaron la relación de clientes según el texto de la comunicación que en este hecho se menciona. Por lo demás es obvio que nada tiene de extraño esta solicitud.

Vigésimo séptimo. Es cierto. En cuanto al contenido de la información es necesario atenerse al texto del aviso público.

Vigésimo octavo. No es cierto.

Vigésimo noveno. Es cierto.

Trigésimo. Que se pruebe. Nos atenemos a la operación matemática que pueda determinar las ventas de los últimos diez días.

Trigésimo primero. Es necesario entender que al contrato de suministro se le aplican las reglas propias de las prestaciones aisladas en cuanto sean compatibles con los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio.

Trigésimo segundo. No es cierto en la forma que está planteado. Terpel debía cumplir sus obligaciones de tal manera que estuviera en posibilidad de ejecutar todas las prestaciones del contrato. Su actividad debería corresponder a la naturaleza de las obligaciones que contrajo. En ninguna oportunidad se le señaló la obligación de comprar los 10.000 barriles en promedio diario. Las partes convinieron conjuntamente las cláusulas contractuales. Cuando estas estuvieron acordadas plenamente, se hizo la versión por escrito. Después de varios días de haberse hecho la versión escrita de los compromisos que habían contraído las partes se suscribió el documento respectivo.

Trigésimo cuarto. Es cierto.

Trigésimo quinto. Es cierto.

Trigésimo sexto. Es cierto.

Trigésimo séptimo. Es cierto.

Trigésimo octavo. Es cierto”.

2.3. Excepciones.

En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited, solicita al tribunal se tengan como excepciones, las que surjan de los siguientes hechos:

“1. El día 22 de agosto de 2003 se suscribió un contrato de suministro de petróleo crudo entre Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil BV. y Complex Colombia Limited, por una parte y, por la otra, Terpel de la Sabana S.A.

2. El contrato comenzó a ejecutarse desde el mes de julio de 2003. Antes se habían adelantado conversaciones con base en la propuesta presentada por Terpel de la Sabana S.A.

3. Luego de que las partes estuvieron plenamente de acuerdo en torno a las obligaciones que cada cual decidió asumir convinieron que las estipulaciones en que habían coincidido deberían recogerse en un escrito en que se expresara todo lo que había sido objeto de su consentimiento.

4. Fue por esta razón por la que el día 22 de agosto de 2003 se suscribió el documento a que me he referido.

5. Las compañías nombradas en primer lugar que allí, en el texto del contrato, se denominaron las asociadas, asumieron las obligaciones propias de la parte que el artículo 969 del Código de Comercio denomina el proveedor, y Terpel de la Sabana S.A. asumió las obligaciones de la parte contractual denominada por el mismo código, consumidor. Por esta razón, en adelante, el primer grupo de sociedades se llamará indistintamente el proveedor o las asociadas y Terpel de la Sabana S.A. se denominará simplemente Terpel o el consumidor.
6. De acuerdo con lo estipulado en la cláusula segunda del contrato a que se refiere el numeral primero anterior, las asociadas se obligaron a venderle a Terpel hasta 10.000 barriles de petróleo crudo por día, en promedio mensual.
7. Terpel se obligó a comprar la cantidad que señalaran las asociadas, cantidad que no habría de superar los 10.000 barriles diarios, en concordancia con lo que se indica a continuación.
8. Para hacer la determinación de la cantidad de petróleo crudo que venderían las asociadas a Terpel, aquellas se obligaron a comunicarle mensualmente el número de barriles que decidían venderle en el respectivo mes. El número así comunicado fue el que se obligó a comprar Terpel.
9. Esta comunicación la harían las asociadas a más tardar durante la semana anterior al comienzo de cada mes.
10. Para la fijación de la cantidad que debían hacer las asociadas debían tener “en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel durante el mes anterior”.
11. Las partes acordaron que se crearía un comité ejecutivo integrado por cuatro (4) personas, dos (2) de las cuales representarían a las asociadas y dos (2) a Terpel. Este comité se debería reunir quincenalmente.
12. Entre las funciones que correspondían al comité se encontraba la de aprobar que la cantidad de petróleo crudo que debía comprar Terpel y vender las asociadas fuera inferior a la señalada mensualmente por estas.
13. Se acordó, igualmente, que en el caso de que el comité ejecutivo no pudiera tomar una decisión, por ejemplo la que correspondiera a la aprobación de la venta de una cantidad inferior de petróleo crudo, por causa de empate en la votación, el representante legal de Tethys adoptaría la decisión correspondiente para lo cual debía tener “en cuenta la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de Terpel”.
14. Lo que se ha dicho corresponde al texto expreso del contrato celebrado entre las partes, como se puede observar en los hechos que se relatan a continuación:
15. En la cláusula segunda del contrato en mención, se pactó lo siguiente:
- “Objeto. Por medio del presente contrato, las asociadas se comprometen con Terpel a venderle hasta 10.000 BEI/D (sic) (10.000 barriles de crudo por día en promedio mensual) del campo Rubiales durante el término de vigencia que, de acuerdo con los contratos suscritos con Ecopetrol, sea de propiedad de las asociadas. Para tal efecto, las asociadas comunicarán mensualmente a Terpel el volumen de crudo que están en disposición de venderle en el respectivo mes, dentro del plazo indicado en la cláusula quinta.

Por otra parte, Terpel se compromete a comprar los volúmenes de crudo que mensualmente decidan vender las asociadas, hasta el límite previsto en el inciso anterior. Para el cumplimiento de esta obligación, Terpel se compromete a recoger cumplida y oportunamente el crudo vendido por las asociadas y a pagar por dicha venta los valores convenidos de acuerdo con el presente contrato.

La producción que se encuentre por encima de 10.000 BBL/D (10.000 barriles de crudo por día) podrá ser vendida a Terpel con sujeción a los términos del presente contrato si así lo acuerda el comité ejecutivo.

PAR.—Si por alguna circunstancia de índole comercial o de mercado Terpel no pudiera comprar el volumen de crudo señalado por las asociadas, el comité ejecutivo podrá aprobar la venta por debajo de dicho volumen sin que esto configure incumplimiento por parte de Terpel”.

16. En la cláusula cuarta del contrato objeto de este proceso, se acordó lo que a continuación transcribo:

“Comité ejecutivo. La correcta ejecución de este contrato será supervisada y coordinada por un comité ejecutivo conformado por dos (2) representantes de las asociadas y dos (2) representantes de Terpel, el cual se reunirá quincenalmente. Dentro de las funciones del comité se encuentran

a) (...).

f) Aprobar la compraventa de crudo en volúmenes inferiores a los señalados mensualmente por las asociadas.

(...).

PAR. SEGUNDO.—En el evento en que el comité ejecutivo no pueda tomar una decisión de las que le competen por existir un empate en la votación de sus miembros, y si dicha situación se prolonga por más de cuatro (4) días contados a partir de la primera votación, el asunto será dirimido por el representante legal de Tethys quien al tomar su decisión deberá tener en cuenta la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de Terpel”.

19. En la cláusula quinta se estipuló:

“Obligaciones de las asociadas. Las asociadas estarán obligadas para con Terpel a:

a) Venderle el crudo de su propiedad que se extraiga del campo Rubiales de acuerdo con los límites pactados en la cláusula segunda y de acuerdo con sus pronósticos de producción mensual.

(...).

d) Durante la semana anterior al comienzo de cada mes, comunicar a Terpel el volumen de crudo que esta deberá comprar en el mes inmediatamente siguiente. El volumen fijado por las asociadas cada mes tendrá en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel durante el mes anterior”.

20. La obligación de Terpel de comprar la cantidad de crudo que mensualmente decidieran vender las asociadas, hasta el número de 10.000 barriles se reiteró en la cláusula sexta del contrato en la que se expresó lo que indico a continuación:

“Obligaciones de Terpel. Terpel estará obligada para con las asociadas a:

c) Comprar el crudo de Rubiales en los volúmenes que resulten de la aplicación de la cláusula segunda del contrato.

d) Pagar el precio convenido en las oportunidades y condiciones estipuladas en la cláusula décima primera y décimo segunda”.

19. Durante el mes de agosto de 2003 Terpel de la Sabana compró la cantidad de 81.948.40 barriles.

20. Durante el mes de septiembre Terpel compró la cantidad de 80.516.10 barriles.

21. El día 24 de septiembre de 2003 las asociadas comunicaron a Terpel que en el mes de octubre de 2003 existía un presupuesto de 4.000 barriles por día. Terpel contestó que en el mes de octubre adquiriría 3.170 barriles por día.

22. Esto significaba que Terpel se obligaba a comprar, en total, durante el mes, la cantidad de 98.270 barriles.

23. Con el fin de facilitar las cosas a Terpel, las asociadas decidieron aceptar esta cantidad.

24. No obstante, Terpel incumplió la obligación que contrajo, pues solamente adquirió la cantidad de 84.138.30 barriles durante todo el mes.

25. En vista de que Terpel había venido incumpliendo sus obligaciones durante los meses de agosto, septiembre y octubre, el señor gerente de Tethys Petroleum Company Limited resolvió enviarle la siguiente comunicación a la doctora Sylvia Escovar.

“Señores

Terpel

Atn: Silvia Escovar

Gerente de Unidad Mayorista

Ciudad

Apreciada Silvia:

De acuerdo con el contrato celebrado para la venta del crudo en cual contempla la obligación de Terpel de comprar los volúmenes de crudo que las asociadas se comprometen a vender diariamente de acuerdo con el pronóstico de venta diaria que envían para cada mes, se observa que Terpel está incumpliendo el contrato toda vez que comparando los volúmenes que está comprando diariamente no corresponden a los volúmenes entregados por las asociadas para la venta diaria.

Una de las razones por las cuales se celebró este contrato es que el campo Rubiales ha tenido un desarrollo importante en la producción del crudo y con el no incumplimiento (sic) por parte de Terpel en el objeto del mismo, nos han obligado a bajar la producción del campo ocasionando grandes perjuicios en la operación del campo y en las proyecciones económicas.

El campo Rubiales alcanza actualmente niveles por encima de los 5.000 bls día y antes de iniciar nuestras operaciones conjuntas se lograban vender en el mercado local más de 4.500 barriles por día, lo que nos indica que, descontando las ventas que realizamos a Cartagena, hemos dejado de obtener ingresos por menores ventas de cerca de US\$950.000 por mes.

Es así como, en agosto pasado las ventas a Terpel se limitaron a 2.600 barriles diarios en promedio en tanto que en septiembre fueron de 2.700 barriles diarios, y en los primeros ocho días de octubre apenas han alcanzado un promedio de 1.443 barriles por día y las cifras entregadas por Tethys son superiores a las cantidades retiradas por Terpel.

Para mayor claridad anexamos cuadros comparativos de pronósticos y compara de los meses de agosto, septiembre y lo transcurrido de octubre.

Quiero enfatizar que las irregularidades en el retiro de crudo en Rubiales generan inmensas dificultades y pérdidas dado que el almacenamiento de crudo se crece y por lo tanto se limita las posibilidades de producción que obligan a reducir los niveles de cada uno de los pozos con los consecuentes costos por recuperación de ellos después.

Igualmente Tethys entregó a Terpel un mercado el cual Terpel se obligaba a dar un crecimiento potencial, situación esta que Terpel no ha cumplido, a pesar de recibir una comisión. En la fecha recibimos un informe por parte de Terpel de un crecimiento en el mercado con una proyección hacia Medellín, pero esto no es suficiente toda vez que llevamos cuatro meses desde la firma del contrato y esto lo único presentado por Terpel que no corresponde a lo acordado.

Para evitar que se sigan generando estas irregularidades, consideramos absolutamente necesario cumplir con los siguientes puntos:

- c) Terpel deberá retirar los volúmenes diarios de crudo que Tethys le comunica el pronóstico trimestralmente que se entrega todos los meses.
- d) Formalizar metas de crecimiento en ventas y por lo tanto en despachos de tal forma que el potencial de producción de 5.500 barriles para el presente mes y 6.000 para el mes de noviembre tengan concordancia con las ventas en el mercado existente y con nuevos clientes.

Para legalizar estos puntos, nos permitimos convocar a un comité ejecutivo, figura esta contemplada en el contrato para la supervisión y coordinación del mismo, para el día 22 de octubre de 2003, a las 4:30 p.m. en las oficinas de Tethys Petroleum Company.

Cordialmente,

Reynaldo Baquero Del Campo

Gerente General

Tethys Petroleum Company Limited”.

26. No obstante esta comunicación no surtió el más mínimo efecto.

27. Por esta razón las asociadas decidieron seguir realizando el máximo esfuerzo para tratar de lograr que Terpel cumpliera sus obligaciones. Esta sociedad no solo había violado sus deberes respecto de la cantidad de petróleo que debía comprar, sino también, los deberes relativos a las pólizas que debía otorgar, y a otras prestaciones que debía ejecutar, como más adelante se ha de indicar.

28. Antes de recibir la comunicación de las asociadas en que se le debía dar a conocer la cantidad de petróleo crudo que debería comprar en los meses de noviembre y diciembre de 2003, Terpel se apresuró a expresar cuál sería esta cantidad, mediante la afirmación hecha en el acta de comité ejecutivo celebrado el día 22 de octubre de 2003, oportunidad en la cual declaró que se comprometía a comprar 107.142 barriles durante el mes de noviembre de 2003 y 119.047 barriles durante el mes de diciembre del mismo año, equivalentes a 4.500.000 y 5.000.000 de galones respectivamente.

29. En efecto, según se puede observar en la página 3 del acta 2, presentada por Terpel como anexo al escrito de convocación de este tribunal, allí se hizo constar lo siguiente:

“Compromisos.

Terpel se compromete a que durante los meses de noviembre y diciembre se sacaran 4.500.000 gls. y 5.000.000 gls. respectivamente es decir, 107.142 Bls mes y 119.047 Bls. Tomará las medidas necesarias para garantizar el retiro diario y regular en las cantidades requeridas para completar este volumen. A partir del mes de noviembre, en ningún caso el retiro diario podrá ser inferior al equivalente de quince (15) mulas, en cuyo caso (sic) tomará todas las medidas necesarias inmediatas para compensar ese retiro mínimo dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. El máximo cargue será inicialmente de veinticinco (25) mulas.

El mínimo de mulas que se deben sacar del campo son quince (15) y máximo veinticinco (25). Cuando exista el mínimo se debe informar por parte de Tethys a Terpel y en dos (2) días estará regularizado el número de mulas que se cargan”.

30. El día 24 de octubre de 2003 las asociadas notificaron a Terpel que en noviembre de 2003 deberían comprar, en promedio al día, la cantidad de 4.320 barriles para un total durante el mes de 129.600 barriles.

31. A esta comunicación respondió Terpel el día 27 de octubre, que en el comité ejecutivo se habían acordado que en el mes de noviembre compraría 3.570 barriles en promedio del día y en el mes de diciembre 3.970 en promedio del día; o, lo que es lo mismo, 107.100 barriles en total durante el mes y 123.070 barriles en total durante el mes, respectivamente.

32. A pesar del incumplimiento del contrato que las anteriores cifras significaban, las asociadas decidieron aceptar las cantidades indicadas con la esperanza de que, rápidamente, en virtud de las manifestaciones que hacía Terpel de que en el futuro cumpliría el contrato y lograría las metas que ella misma había propuesto, se obtendría la regularización de su conducta.

33. Aunque la cantidad finalmente aceptada por las asociadas era baja, Terpel incumplió.

34. Fue así como en el mes de noviembre solo adquirió un promedio diario de 2.953.09 barriles para un total de 88.592.80.

35. El día 24 de octubre de 2003 el doctor Reynaldo Baquero Del Campo remitió a Terpel de la Sabana la

siguiente comunicación...

“TPC-0075

Señores

Terpel de la Sabana

Atención: Sylvia Escovar

Gerente de Unidad Mayorista

Ciudad

Ref: contrato de Venta de crudo.

Apreciada Doctora:

De acuerdo con los términos del contrato, en la cláusula quinta literal d), notificó el volumen de ventas de crudo que Terpel deberá comprar en el mes de diciembre de 2003 y los estimados de los meses de enero y febrero de 2004, el cual será de 4500 barriles por día. El 20 de diciembre de 2003, se actualizará el volumen de venta de crudo para el mes de enero de 2004 y los estimados de los meses de febrero y marzo de 2004.

Estos volúmenes son los que Terpel de la Sabana S.A. se obliga a comprar de conformidad con el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, el cual señala: “... Terpel se compromete a comprar los volúmenes de crudo que mensualmente decidan vender Las asociadas, hasta el límite previsto en el inciso anterior...”, es decir hasta 10.000 barriles diarios.

Además el contrato en su cláusula sexta, contempla las obligaciones de Terpel, el cual señala como obligación de Terpel en el literal a) la de “Comprar el crudo Rubiales en los volúmenes que resulten de la aplicación de la cláusula segunda del presente contrato”.

Igualmente esta cláusula en su literal c) contempla la obligación de Terpel de “recoger cumplida y oportunamente el crudo en los lugares de recolección pactados en este contrato”.

Por lo tanto con esta comunicación damos cumplimiento a nuestra obligación de notificar el pronóstico de producción y la obligación de vender hasta 10.000 barriles diarios.

Cordialmente,

Reynaldo Baquero Del Campo

Representante Legal de Tethys Petroleum Company Limited

c.c. Carlos E. Galeano”

36. Como se ha dicho, Terpel se había obligado a comprar en el mes de diciembre, según lo que consta en el acta 2 de 22 de octubre, presentada por esta sociedad dentro de los anexos de la convocatoria de este tribunal, la cantidad de 5.000.000 de galones de petróleo crudo equivalentes a 119.047 barriles.

37. Luego del incumplimiento en que estaba incurriendo Terpel en el mes de noviembre, en la reunión celebrada por el comité el día 27 de noviembre de 2003, de acuerdo con el acta 4, también presentada por Terpel a este tribunal, el doctor Baquero dejó la constancia acerca de que “la gestión comercial de Terpel va desmejorando puesto que este pronóstico (se refiere a afirmación de Terpel acerca de las posibilidades del mercado para diciembre de 2003) es inferior al mercado alcanzado en noviembre. Señala que no había un plan de acción para el crecimiento”.

38. Terpel informó que podría concretar negocios que darían lugar a una compra de 4.059 barriles diarios en

promedio durante el mes y que había otros 450 barriles que se podrían comercializar en el departamento de Boyacá. En estas condiciones el volumen total podría ser de 4.500 barriles de promedio al día, por lo cual se decidió dar una última oportunidad a Terpel con el fin de para facilitarle el cumplimiento de sus compromisos.

En esa reunión, se dejó constancia de lo siguiente:

“El comité concluye el siguiente plan para el mes de diciembre:	
Volumen total a comercializar:	3.109,4 b/d
Mantenimiento:	2.878,8 b/d
Crecimiento en firme	230,2 b/d.

Se informa por parte de Terpel que hay 950 prospectos definidos y contactados pero que aun falta concretarlos. De lograr concretar estos negocios, se estaría hablando de un volumen de 4.059 b/d.

El doctor Baquero considera que en la zona del departamento de Boyacá existen 450 b/d y que si esto es así, el volumen total sería de 4.509 b/d”.

39. Finalmente, el incumplimiento de Terpel en lo que se refiere a su obligación de comprar un número determinado de barriles por día, fue de tal naturaleza que en el mes de diciembre, solo compró en total la cantidad de 65.569 barriles, lo que equivale a un promedio diario de 2.115.12.

40. La situación de negligencia y desgreño en el cumplimiento de las obligaciones por parte de Terpel en el mes de enero llegó hasta el grado extremo que, durante el tiempo en que demandó el producto del proveedor en este mes, solamente adquirió la cantidad de 1.683.73 barriles en promedio al día, para un total durante el mes de 35.358.40 barriles.

41. Esta situación, naturalmente, era absolutamente insostenible y tenía que dar lugar a las comunicaciones a que luego me referiré.

42. No obstante, los señalados no fueron los únicos incumplimientos en que incurrió Terpel como se puede conocer de lo que enseguida voy a relatar.

43. De acuerdo con lo que se afirma en el hecho 11 del escrito presentado por Terpel para convocar el tribunal de arbitramento, “Terpel de la Sabana S.A. se obligó a presentar en la fecha de suscripción del contrato y a mantener durante su vigencia, pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia que aseguraran la responsabilidad civil extracontractual, el cumplimiento del contrato y los salarios, prestaciones e indemnizaciones de su personal”.

44. En efecto, en la cláusula decimoquinta del contrato, las partes acordaron lo siguiente:

“Pólizas y garantías. Terpel se obliga a presentar a las asociadas sin excepción, a la fecha de suscripción del presente contrato, y a mantener vigente durante el término de vigencia del mismo más sesenta (60) días adicionales a la fecha de terminación, todas las pólizas de seguro y garantías que se prescriben a continuación, expedidas por las compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia.

2.4. Seguros y garantías.

d) Responsabilidad civil general. Seguro con un valor amparado equivalente a 500.00 dólares de los Estados Unidos (USD\$500.000.00 (sic) por ocurrencias que puedan generar responsabilidad civil extracontractual, incluyendo pero no limitado a: labores, predios y operaciones: patronal; contratistas y subcontratistas independientes; responsabilidad civil por vehículos propios y no propios en exceso de los límites máximos permitidos en las tarifas de las pólizas de automóviles, e indemnizaciones a terceros por cualquier causa extracontractual de acuerdo con las responsabilidades asumidas en este contrato.

e) Salarios y prestaciones sociales. Una póliza por una suma igual al ciento por ciento (100%) de la nómina mensual dedicada al cumplimiento del presente contrato, para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales, reclamaciones e indemnizaciones durante la ejecución del contrato. Esta póliza deberá estar vigente durante el término de duración del contrato y tres (3) años más contados a partir de la fecha de terminación del mismo.

f) Cumplimiento. Una póliza de garantía de cumplimiento del contrato a favor de las asociadas, equivalente a tres (3) millones de dólares (USD\$3.000.000.00), que garantice la fiel ejecución y cumplimiento del presente contrato. Esta póliza se renovará anualmente durante el término de vigencia del contrato y se reajustará con el índice de incremento de las ventas objeto de este contrato.

PAR.—En las pólizas de cada una de las anteriores garantías se establecerá que para su cobro no será necesario un pronunciamiento judicial previo. Del mismo modo se establecerá que el cobro de las pólizas no implica indemnización total por daño emergente y lucro cesante y las asociadas podrán perseguir a Terpel para el pago del remanente mediante negociación directa o mediante la convocatoria del tribunal de arbitramento previsto en la cláusula vigésimaprimer para obtener la indemnización completa de sus perjuicios”.

45. Luego del término que tenía Terpel para contratar las pólizas a que se refiere la cláusula decimoquinta del contrato, las asociadas le solicitaron que se las presentara, a lo cual Terpel respondió que próximamente se las enviaría.

46. Ante la insistencia de las asociadas en torno a la presentación de las pólizas mencionadas, Terpel manifestó que ya estaban listas, que respecto de ellas no existía ningún inconveniente, de tal forma que después las entregaría.

47. En octubre de 2003 las asociadas se vieron ante la necesidad de promover la celebración de varios contratos de leasing con el fin de tener a disposición una cantidad importante de carrotaques cuya utilización permitiría cumplir las obligaciones relativas a la entrega de petróleo crudo a los distintos consumidores del mismo, incluido Terpel.

48. En la etapa de negociación, las compañías de leasing fueron muy exigentes, de manera que solicitaron todo tipo de garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación de pagar las rentas de arrendamiento correspondientes a los aludidos contratos.

49. Para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones, las compañías de leasing exigieron la celebración de un contrato de fiducia en virtud del cual se le debían ceder a Fiduciaria Popular S.A. los derechos crediticios que para las asociadas derivaban del contrato de suministro a que se refiere este proceso.

50. Uno de esos derechos crediticios se originaba en la póliza de cumplimiento que Terpel de la Sabana se obligó a constituir. En estas condiciones la póliza misma debía ser objeto de cesión.

51. Por esta razón las asociadas consultaron con Terpel de la Sabana acerca de si existía algún inconveniente para que ellas pudieran hacer la cesión de la póliza junto con los demás derechos que se derivaban directamente del contrato de suministro.

52. Terpel dio a conocer que no existía el más leve obstáculo que impidiera la cesión de todos los derechos económicos derivados del contrato de suministro, incluida la póliza citada.

53. Fue por esta razón por la que dio a conocer a las asociadas que podían proceder a realizar la cesión.

54. Igualmente afirmó Terpel que tan pronto como recibiera de parte de Fiduciaria Popular S.A. la notificación de la cesión, haría una manifestación detallada acerca de la obligación que habían contraído de comprar la cantidad de crudo a que se refería el contrato y de todas sus demás obligaciones de manera que la cesión podría incluir todas las indemnizaciones que pudieran derivarse del contrato celebrado, lo cual comprendía la póliza de cumplimiento a que se refiere el literal c) de la cláusula decimoquinta del contrato.

55. Ante el convencimiento de las asociadas de que efectivamente podían hacer la cesión en la forma que antes se

ha descrito, por virtud de la manifestación hecha por Terpel, decidió proceder como que había convenido con esta sociedad.

56. Cedidos los derechos crediticios correspondientes, Fiduciaria Popular S.A. decidió hacer a Terpel la notificación que le correspondía como deudor cedido.

57. El día 26 de noviembre de 2003 Terpel envió la siguiente comunicación a Fiduciaria Popular S.A.

“Señores

Fiduciario Popular S.A.

Fideicomiso Matriz Tethys

Ciudad.

Ref.- Aceptación Nota de Cesión de Derechos Económicos

Apreciados señores:

En respuesta a la comunicación en la cual se nos informa la cesión realizada a la Fiduciaria Popular S.A. en calidad de administradora del patrimonio autónomo denominado “fideicomiso matriz Tethys “(en adelante la cesionaria) de un porcentaje de los derechos económicos del contrato de venta de crudo firmado por Terpel de la Sabana S.A. el 22 de agosto de 2003 y de que son titulares Tethys Petroleum Company Ltd., Complex Colombia, Rubiales Oil BV., y Turnsector Limited (en adelante las cedentes), manifestamos lo siguiente:

9. Que hemos recibido notificación formal de la nota de cesión mencionada.

10. Que conforme a la nota de cesión recibida, la cesión recae sobre un porcentaje de los derechos económicos de que son titulares las cedentes en el contrato de venta de crudo celebrado con Terpel de la Sabana S.A. el 22 de agosto de 2003, siempre que la cesión agregada de todos estos derechos no supere en ningún tiempo la producción de volumen de crudo que se haya aprobado vender a Terpel de la Sabana S.A. conforme a lo previsto en el contrato, ni supere en ningún caso el límite de diez mil barriles de petróleo (10.000 b/d) por día.

De conformidad con lo establecido en el contrato, el volumen de crudo que será vendido a Terpel por las cedentes, se establecerá así:

(e) las cedentes comunicarán a Terpel durante la semana anterior al comienzo de cada mes, el volumen de crudo que Terpel deberá comprar en el mes inmediatamente siguiente. El volumen fijado por las cedentes cada mes tendrá en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel durante el mes anterior.

(f) Terpel comprará los volúmenes de crudo que mensualmente decidan vender las cedentes, hasta el límite previsto de 10.000 bId.

(g) La producción que se encuentre por encima de 10.000 BBL/D (Diez mil barriles de crudo por día) podrá ser vendida a Terpel con sujeción a los términos del contrato si así lo acuerda el comité ejecutivo.

(h) Si por alguna circunstancia de índole comercial o de mercado Terpel no pudiere comprar el volumen de crudo señalado por las cedentes, el comité ejecutivo podrá aprobar la venta por debajo de dicho volumen sin que esto configure incumplimiento por parte de Terpel.

La cesión de los derechos económicos incluye indemnizaciones, multas y cualquier otro derecho económico a favor de las cedentes que pudieren derivarse de contrato de venta de crudo suscrito, lo que incluye, sin limitarse, la póliza de cumplimiento prevista en el mismo a que se refiere el literal c) de la cláusula décimo quinta de dicho contrato - pólizas y garantías, y hasta el valor máximo garantizado (subrayas y negrilla fuera del texto original).

11. Que pagaremos al fideicomiso matriz Tethys la cartera pendiente en caso de notificación de incumplimiento por parte de las cedentes de los términos del fideicomiso, sin que se requiera ningún requisito o formalidad distinta

a la notificación de incumplimiento.

12. Que la cesión que aquí se acepta recae únicamente sobre derechos económicos reconocidos en el contrato de venta de crudo suscrito por Terpel de la Sabana S.A. con las cedentes el 22 de agosto de 2003.

13. Que el contrato de venta de crudo suscrito por Terpel de la Sabana S.A. con las cedentes el 22 de agosto de 2003 primará sobre los términos de cualquier otro acuerdo entre las cedentes, lo cual incluye sin limitarse la nota de cesión y el contrato de fiducia.

14. Que de conformidad con lo anterior, aceptamos la cesión de la porción de derechos económicos contenida en la nota de cesión de fecha 30 de octubre de 2003, y nos obligamos a pagar en la cuenta bancaria que nos indique la fiduciaria, todas aquellas sumas que resulten a favor de la cesionaria, conforme a lo dispuesto en el contrato de venta de crudo firmado por las cedentes con Terpel de la Sabana S.A. el pasado 22 de agosto de 2003.

15. Reconocemos que esta obligación de pago estará vigente hasta que la cesionaria o sus sucesores, liberen los derechos cedidos o nos informe sobre la suspensión o terminación del contrato de fiducia mercantil.

16. Asumimos la responsabilidad por el incumplimiento de las instrucciones contenidas en la nota de cesión o el desconocimiento de la notificación de incumplimiento que sea remitida por la cesionaria de conformidad con lo allí previsto (subrayas y negrilla fuera del texto original).

Cordialmente,

Beatriz Helena Carbonell

Representante Legal Terpel de la Sabana S.A.

58. Ese mismo día Terpel envió a las asociadas la siguiente comunicación:

“Bogotá, noviembre 26 de 2003

Señor:

Reynaldo Baquero Del Campo

Tethys Petroleum Company Limited

Ciudad

Apreciado Señor:

Reciba un cordial saludo.

Adjunto estamos enviando el documento de aceptación nota de la cesión de derechos económicos.

Cordialmente,

Sylvia Escovar Gómez

Gerente Unidad Mayorista”.

59. Como el incumplimiento de Terpel en lo que se refiere a la compra de petróleo crudo se hizo crítico en el mes de enero de 2004, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, y cómo, así mismo, siguió en mora de cumplir la obligación de presentar las pólizas antes mencionadas, las asociadas decidieron remitirle la siguiente comunicación:

“TPC-0098

Doctora

Beatriz Helena Carbonel

Representante Legal de Terpel de la Sabana S.A.

La ciudad

Respetada Doctora:

Apreciada doctora nos referimos al contrato suscrito entre las asociadas (Tethys Petroleum Company Ltd., Turnsector Ltd., Rubiales Oil B V. y Complex Colombia Ltd.) de una parte y, Terpel de la Sabana S.A. de la otra, el pasado 22 de agosto de 2003 y, denominado contrato de venta de crudo.

Desde el comienzo de nuestra relación comercial, la parte que represento ha procurado mantener la atmósfera adecuada que permita el cabal desarrollo y el cumplimiento del objeto del contrato, que como su nombre lo indica es la venta de crudo en los volúmenes señalados en el texto.

Con este fin, proporcionamos a ustedes las facilidades necesarias para acceder al crudo producido en el campo Rubiales, y suministramos los datos sobre clientes y mercado que facilitara a Terpel su labor comercializadora entre los intermediarios y 105 consumidores. Ustedes recordaran que en el momento de firmar el contrato nosotros estábamos colocando un promedio diario de 4.500 barriles.

El articulado del documento contractual es claro y explícito. Terpel se obliga a comprar hasta 10.000 barriles diarios según el procedimiento de notificación de disponibilidad previsto en las cláusulas. En las reuniones que hemos adelantado con ustedes en los días previos a la finalización del año 2003 se estudiaron los inconvenientes surgidos y se formularon procedimientos que nos permitieran superar de alguna manera las actuales dificultades. Nuestros abogados han tomado contacto con ustedes con el fin de iniciar conversaciones sin que al día de hoy esto haya sido posible.

En este momento debemos ser terminantes de que consideramos que el contrato esta siendo incumplido en dos aspectos que son para nosotros fundamentales:

1. Las pólizas que Terpel se obligó a constituir a nuestro favor (cláusula 15 del contrato) a la fecha no existen y ha sido imposible obtenerlas pese a nuestros reiterados requerimientos.
2. Terpel no ha comprado los volúmenes de crudo que las asociadas pusieron a su disposición, violando así lo establecido en la cláusula segunda del contrato. Sea la ocasión de reiterar que en ningún momento podemos aceptar la interpretación que ustedes han querido darle al contrato, por cuanto de acuerdo con claras disposiciones tanto del Código Civil como del Código de Comercio las cláusulas de un contrato son ley para las partes y, la claridad de la cláusula segunda del contrato excluye cualquier posibilidad de interpretación en sentido distinto.

Estos incumplimientos están causando graves perjuicios a las asociadas y no observamos de parte de ustedes mayor afán en solucionarlos.

Por lo anterior, les solicitamos en el plazo previsto en el artículo 18 numeral cuarto del contrato subsanar las causales de incumplimiento. De lo contrario, deberíamos pasar de inmediato a los procedimientos establecidos en el mismo contrato en caso de incumplimiento incluidas las reclamaciones de las sumas adeudas por el crudo no comprado por ustedes, las cláusulas penales y las indemnizaciones por los perjuicios causados.

Todos los directivos de nuestras empresas como nuestros abogados estarán a su disposición para sí lo consideran del caso buscar los procedimientos para un arreglo distinto al arbitral previsto en el contrato.

Cordialmente,

Reynaldo Baquero Del Campo

Gerente General”.

60. Para tratar de justificar el incumplimiento de su obligación de constituir las mencionadas pólizas, Terpel trató de aducir lo que ni siquiera puede llegar a ser explicación del incumplimiento de su obligación, como se puede observar a continuación.

61. Terpel dijo que definitivamente le había sido imposible obtener esas pólizas.

62. Esa imposibilidad a la que se refiere Terpel, no se observa por parte alguna en el texto de la carta que remitió Santiago Vélez y Asociados S.A. En ella lo que se le dice a Terpel es que las aseguradoras solicitan, como es obvio en estos casos, una contragarantía de parte de ellos.

63. Terpel dijo que esa imposibilidad derivaba de lo que se expresa en carta que el 10 de diciembre le dirigió el departamento de fianzas de Seguros Santiago Vejez y Asoc. S.A.

64. El texto literal de esa carta es el siguiente:

“Señores

Terpel de la Sabana S.A.

Atn: Dra. Gloria Torres

Departamento Administrativo

Ciudad

Ref.: expedición póliza de cumplimiento contrato de compraventa de crudo ante Tethys Petroleum Company.

Estimada Doctora:

Reciba un cordial saludo, en atención a su amable solicitud con el fin de expedir la póliza de cumplimiento del contrato de compraventa de crudo suscrito ante Tethys Petroleum Company, nos permitimos manifestarle que de acuerdo con nuestras gestiones preliminares ante las compañías aseguradoras, estas nos han manifestado que han venido gestionando la colocación del riesgo ante los Reasegurados desde el mes de noviembre, pero estos requieren de un tiempo prudencial al normal, debido a que se trata de una garantía de pago y la cuantía asegurada es significativa, por lo cual se necesita de respaldo facultativo.

Sin embargo las compañías aseguradoras nos han manifestado que desean saber si Terpel de la Sabana esta en disponibilidad de otorgar una garantía real o algún respaldo para este contrato, pues se trata de una garantía de pago.

Así mismo queremos dar a conocer las compañías consultadas para la consecución de este negocio.

Compañía aseguradora de Fianzas S.A. Confianza

Seguros del Estado S.A.

Liberty Seguros S.A.

Mundial Seguros S.A.

La Previsora S.A.

Agrícola de Seguros S.A.

Suramericana de Seguros S.A.

Segurexpo de Colombia S.A.

Seguros Bolívar S.A.

Por lo anterior les estamos, a la espera de la respuesta que nos suministren las compañías sobre las negociaciones adelantadas ante los reaseguradores.

Cordialmente,

Giovanni Andrés Rodríguez R.

Departamento de Fianzas.

Seguros Santiago Vélez & Asoc. S.A”.

65. Como aparece en le texto del contrato y se manifiesta, así mismo, en el escrito por medio del cual Terpel convocó este tribunal de arbitramento, está sociedad no se obligó a hacer algunas gestiones para tratar de tomar las pólizas, sino que se obligó a constituir las efectivamente.

66. La naturaleza de esta obligación no ofrece ninguna duda.

67. En la cláusula decimonovena del contrato de suministro se pactó lo siguiente:

“Fuerza mayor y caso fortuito. La fuerza mayor o el caso fortuito que le impidan temporalmente de alguna de las partes el cumplimiento de alguna de sus obligaciones contraídas en este documento, suspenderá los plazos acordados mientras persista. La fuerza mayor o el caso fortuito que definitivamente impida la ejecución de alguna obligación, exonera a la parte afectada de responsabilidad. Para efectos de este contrato se entiende por fuerza mayor o caso fortuito lo mismo que entiende la ley colombiana.

Para invocar el evento de fuerza mayor o caso fortuito, la parte afectada deberá notificar a la otra la ocurrencia del hecho tan pronto lo conozca e impida la ejecución del contrato. Si luego de notificada, la situación de fuerza mayor o caso fortuito impide la ejecución del presente contrato o el cumplimiento de sus obligaciones por cualquiera de las partes por un período superior a un (1) mes, cualquiera de ellas podrá solicitar por escrito a otra su terminación. Si esta última no se pronuncia sobre el particular dentro de los diez (10) días siguientes, se entenderá que acepta, y se dará por terminado el presente contrato, cesando las obligaciones entre ellas; si dentro del término anterior la otra parte manifiesta su desacuerdo, el contrato continuará por un (1) mes más, al cabo del cual, si no ha cesado la situación de fuerza mayor o caso fortuito, se entenderá terminado el contrato y cesarán las obligaciones entre las partes, salvo que ambas convengan lo contrario. En ninguno de los dos casos habrá lugar al pago de indemnización alguna”.

68. En la cláusula decimoctava del contrato se pactó lo que a continuación transcribo:

“Causales de terminación. Son eventos de terminación del presente contrato los siguientes:

(...).

IV. El Incumplimiento por cualquiera de las partes de sus obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea subsanado en un término máximo de ocho (8) días. La causal de terminación prevista en este numeral solo tendrá justa causa para la parte cumplida.

V. El incumplimiento o la falsedad de las declaraciones, certificaciones y acuerdo de las partes.

PAR. PRIMERO.—En caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de las asociadas, estas se obligan con Terpel a pagarle el equivalente a la facturación de los últimos diez (10) días.

PAR. SEGUNDO.—En caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de Terpel, se hará efectiva inmediatamente la póliza de cumplimiento contemplada en este contrato, sin perjuicio de que las asociadas persigan a Terpel por su remanente pendiente para la indemnización completa de daños y perjuicios”.

69. A la carta que enviaron las asociadas el día 7 de enero de 2004, Terpel solamente respondió lo siguiente:

“Doctor

Reynaldo Baquero Del Campo

Gerente general

Tethys Petroleum Company Limited

Ciudad

Respetado doctor:

Acusamos de recibo su gentil comunicación de fecha siete (7) de enero de 2004, al respecto le manifestamos que esperamos que los abogados se pongan en contacto para resolver lo pertinente, conforme con lo dialogado el pasado 19 de diciembre de 2003.

Atentamente,

Beatriz Helena Carbonell

Representante Legal

Terpel de la Sabana S.A.

70. No obstante, Terpel de la Sabana no hizo el más mínimo esfuerzo para cumplir las obligaciones respecto de las cuales estaba en mora. Por esta razón las asociadas, el día 21 de enero de 2004, enviaron la siguiente comunicación a Terpel:

“TPC-00101

Doctora

Beatriz Helena Carbonell

Representante legal

Terpel de la Sabana S.A.

La ciudad

Respetada Doctora:

En la mañana del día de hoy nuestros abogados se reunieron con el Dr. Marco Llinas, director jurídico de su empresa, con el fin de buscar una salida a la situación planteada entre Tethys Petroleum Company, Turnsector Limited, Rubiales Gil BV. y Colplex Colombia Limited, por una parte; y Terpel de la Sabana S.A. por la otra, respecto del contrato de venta de crudo suscrito con ustedes el 22 de agosto de 2003.

El 7 de enero de 2004 dirigimos a ustedes una comunicación señalando dos puntos concretos de incumplimiento del contrato por parte de Terpel de la Sabana S.A., y esperamos el tiempo previsto en el mismo contrato, para que solucionaran los incumplimientos allí descritos. En el día de hoy recibimos su carta fechada el 15 de enero de 2004, sin que allí se de solución a los incumplimientos.

Por lo anterior debemos considerar incumplido y terminado por causa de ustedes el contrato, según lo convinieron las partes en el numeral cuarto de la cláusula 18 del contrato ya citado.

Nuestros abogados hablaron con el Dr. Llinas de la necesidad de iniciar los trámites para que el tribunal de arbitramento se pronuncie sobre las reclamaciones que allí se presenten, según lo acordado en el contrato.

Sin otro particular, nos suscribimos.

Cordialmente,

Reynaldo Baquero Del Campo

Representante Legal

Tethys Petroleum Company, Turnsector Limited, Rubiales Gil B.V. y Complex Colombia Limited”.

71. A esta carta, Terpel respondió el día 22 de enero en la siguiente forma:

“Doctor

Reynaldo Baquero Del Campo

Representante Legal

Tethys Petroleum Company Limited

Turnsector Limited

Rubiales Gil BV.

Complex Colombia Limited.

Ciudad

Respetado Doctor:

Con extrañeza hemos recibido su comunicación TPC-00101 del 21 de enero del año que avanza y por medio de la cual nos expresa que las sociedades que usted representa dan por terminado el contrato que celebraron con Terpel de la Sabana S.A. por considerar que esta lo ha incumplido.

En primer lugar rechazamos enérgicamente la afirmación que ustedes hacen en el sentido que Terpel de la Sabana S.A. ha incumplido sus obligaciones contractuales, y, en segundo lugar, lamentamos su injustificada e intempestiva decisión de poner fin a nuestra relación contractual, esperando eso sí que nos indemnicen los perjuicios que esa determinación nos ha causado.

El hecho que en las conversaciones que sostuvimos a finales del año anterior se hubiera planteado la posibilidad de terminar por mutuo acuerdo el contrato ya que había discrepancias en torno a la interpretación de algunas cláusulas, no era ni es razón legal para terminar el negocio y mucho menos si es aduciendo un supuesto incumplimiento.

Cordialmente,

Beatriz Carbonell

Representante legal”.

72. En las pretensiones del escrito de convocatoria, Terpel solicitó que se condenara a las convocadas a pagar el valor de “la cláusula penal contenida en el párrafo primero (1º) de la cláusula décima octava (18) del contrato de suministro que celebraron las partes”.

73. El párrafo segundo de esta cláusula contiene, de la misma forma, una cláusula penal a cargo de Terpel en virtud de la cual se puede pedir la pena junto con la indemnización de perjuicios, pues así fue pactado en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.600 del Código Civil.

74. En efecto, en este párrafo se dijo que “en caso de terminación anticipada del presente contrato sin justa causa por parte de Terpel, Se hará efectiva inmediatamente la póliza de cumplimiento contemplada en este contrato, sin perjuicio de que las asociadas persigan a Terpel por el remanente pendiente para la indemnización completa de daños y perjuicios”.

75. Esta misma posibilidad de pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios se acordó en el párrafo de la cláusula decimoquinta en la que se estipuló:

“del mismo modo se establecerá que el cobro de las pólizas no implica indemnización total por daño emergente y lucro cesante y las asociadas podrán perseguir a Terpel para el pago del remanente mediante negociación directa o mediante la convocatoria del tribunal de arbitramento previsto en la cláusula vigésima primera para obtener la indemnización completa de sus perjuicios”.

79. La copia del acta 3 aportada por Terpel, que corresponde a la reunión del comité ejecutivo celebrado el 21 de noviembre de 2003, es inexacta.

80. En efecto, en poder de las asociadas se encuentra el texto firmado por ellas en el cual se puede observar claramente que el tercer renglón del último párrafo que comienza por decir “previo acuerdo de las partes” no corresponde al texto original.

81. Entre las obligaciones de Terpel enumeradas en la cláusula sexta del contrato se encuentra la de “recoger cumplida y oportunamente el crudo en los lugares de recolección pactados en este contrato”.

82. Terpel no cumplió esta obligación porque no recogió todo el crudo comprado y realizó lo que allí se llama recolección, en forma desorganizada y con violación de los deberes que le correspondían de acuerdo con la naturaleza del contrato y con las advertencias que se vieron en la necesidad de realizar las asociadas por medio de comunicaciones escritas y verbales que le dirigieron.

83. En estas condiciones, las asociadas están en posibilidad de elegir la acción de resolución del contrato con indemnización de perjuicios por razón de los siguientes incumplimientos de Terpel:

1. El de la obligación relativa a la cantidad del petróleo crudo que debían comprar.
2. El de la obligación de tomar, constituir, presentar y mantener vigentes las pólizas que antes se mencionaron.
3. El de la obligación en que estaba Terpel de no incurrir en “falsedad de las declaraciones, certificaciones y acuerdos de las partes”.
4. El de recoger la cantidad de crudo comprado en la forma que correspondiera a la naturaleza de su obligación.

84. Las asociadas, en conjunto, por el incumplimiento en que incurrió Terpel que ha dado lugar a la terminación del contrato, han sufrido perjuicios constituidos por el daño emergente y el lucro cesante.

85. El daño emergente está constituido por las inversiones que realizaron por razón del contrato, con el fin de incrementar su producción para extraer la cantidad de barriles que habrían de venderle a Terpel y que ahora no venderán por causa de los hechos que aquí se han relatado.

86. El lucro cesante está constituido por todas las utilidades que habrían obtenido si Terpel hubiera cumplido con todas sus obligaciones, de tal forma que hubiera comprado durante la vigencia del contrato la cantidad de petróleo que debía comprar, de acuerdo con su oferta y según lo estipulado en el convenio de que aquí se trata.

87. Esta utilidad esta constituida por la diferencia entre el precio de venta de la totalidad de los barriles que hubieran vendido y el costo en que habrían incurrido para extraerlos.

88. Para que se pueda obtener una idea de la magnitud de los perjuicios que sufrieron las asociadas basta con dar a conocer que actualmente el precio por cada barril que se podía vender es de US\$16.33 y el costo de producir cada uno de los barriles es de US\$8.00. En estas condiciones, el margen de utilidad es de US\$8.33. Como se dirá en las pruebas las asociadas ponen a disposición del tribunal de arbitramento toda su contabilidad sin la más mínima reserva con el fin de que se puedan analizar todos los asientos con sus documentos internos y externos para que se observe que la que se ha indicado es la utilidad que se obtiene por barril”.

3. Demanda de reconvencción formulada por Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited,

esta última denominada actualmente Meta Petroleum Ltd.

3.1. Pretensiones.

En la misma fecha de presentación de la contestación a la demanda, el apoderado de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited formuló demanda de reconvención con el fin de que se pronunciaran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare que entre Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Gil B.V. y Complex Colombia Limited que en adelante llamaré simplemente las asociadas, por una parte y, por la otra, Terpel de la Sabana S.A. se suscribió el día 22 de agosto de 2003 un contrato de suministro que desde antes venían ejecutando las partes, contrato que fue incumplido por esta última sociedad.

2. Que se declare que Terpel de la Sabana S.A. incurrió en mora de cumplir dicho contrato porque habiéndose obligado, como esta misma sociedad lo afirma en el hecho 11 del escrito de convocación de este tribunal, a contratar y “presentar en la fecha de suscripción del contrato v a mantener durante su vigencia. pólizas expedidas por Compañías de Seguros legalmente establecidas en Colombia... no “contrató” ni “constituyó”, ni “presentó” ni “mantuvo” durante la vigencia del contrato, las pólizas que según ella misma lo afirma en el hecho 22 del mismo escrito, “ de acuerdo con el contrato debía “constituir”, “tomar”, “presentar” y “mantener durante su vigencia”.

3. Que, así mismo, se declare que Terpel de la Sabana S.A. incurrió en mora de cumplir el contrato de suministro celebrado pues no compró mensualmente el petróleo crudo que, según el objeto del mismo, debía adquirir en las cantidades que las asociadas le comunicaran que estaban en disposición de venderle en el respectivo del mes o las que el comité ejecutivo hubiera aprobado en cuantía inferior a la señalada por aquellas o las que hubiere indicado el representante legal de Tethys, de acuerdo con lo pactado en el contrato en las cláusulas segunda con su parágrafo, cuarta ordinales f) y parágrafo 1º y 2º, quinta ordinales a) y d) y sexta ordinal a).

4. Que, de la misma forma, se declare que Terpel de la Sabana incurrió en mora por razón del incumplimiento a que se refieren los hechos 81 y siguientes de este escrito.

5. Que, como consecuencia de que Terpel de la Sabana incurrió en los incumplimientos a que se refieren los ordinales anteriores, o en uno de ellos, se decrete la terminación del contrato a que se refiere la pretensión primera.

5a Subsidiaria de la 5a principal. En subsidio de lo anterior pretensión, formuló la siguiente: que se declare que, como consecuencia de los incumplimientos en que incurrió Terpel de la Sabana S.A., el contrato a que se refiere la pretensión primera de esta demanda, terminó por causa que le es imputable.

6. Que se declare que Terpel de la Sabana S.A., como consecuencia del incumplimiento en que incurrió, está en la obligación de indemnizar todos los perjuicios que ocasionó a las asociadas.

7. Que el daño emergente sufrido por las asociadas está constituido por las inversiones y gastos realizados por las asociadas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato objeto de este proceso.

8. Que el lucro cesante está constituido por toda la ganancia que habrían obtenido las asociadas durante los cinco (5) años de duración del contrato, es decir, las ganancias que habrían obtenido hasta el 9 de agosto de 2008, si dicho contrato no hubiera terminado por causas imputables a Terpel de la Sabana S.A., ganancia que habría sido superior al equivalente en pesos de cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos (USD\$50.000.000).

9. Que como, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.600 del Código Civil que preceptúa que pueden pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, en el contrato se pactó que el cobro de los US\$3.000.000.00 (tres millones de dólares de los Estados Unidos de América) cuyo pago debía estar garantizado con la póliza de cumplimiento “no implica indemnización total por daño emergente y lucro cesante y las asociadas podrán perseguir a Terpel para el pago de remanentes... para obtener la indemnización completa de sus perjuicios”, Terpel está en la obligación de indemnizar todos los perjuicios sufridos por las asociadas por causa de daño emergente o de lucro cesante, en exceso de la cantidad de US\$3.000.000 estimados anticipadamente como perjuicio de las asociadas y como apremio para que Terpel cumpliera el contrato, de acuerdo con lo que se expresa

en la pretensión siguiente.

10. Que, por lo tanto, Terpel de la Sabana S.A. debe pagar, en primer lugar, el valor de US \$3.000.000 (Tres millones de dólares de los Estados Unidos de América) que se deben hacer efectivos inmediatamente “en caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de Terpel” cuyo pago debía estar garantizado con “la póliza de cumplimiento contemplada en este contrato, sin perjuicio de que las asociadas persigan a Terpel por el remanente pendiente para la indemnización”, según el texto literal del parágrafo 2° de la cláusula dieciocho del contrato, en concordancia con la estipulación contenida en el ordinal 2° del parágrafo de la cláusula decimoquinta del mismo.

11. Que se condene a Terpel de la Sabana S.A. en las costas ocasionadas por razón de la convocatoria y trámite de este proceso arbitral”.

3.2. Hechos de la demanda de reconvención.

Los hechos que sirven como fundamento a la demanda de reconvención, son los mismos consignados en el escrito de contestación a la demanda, como hechos a partir de los cuales se estructuran las excepciones de fondo.

4. Contestación a la demanda principal por parte de Complex Colombia Limited y Rubiales Oil B.V., sociedades denominadas actualmente Meta Petroleum Ltd.

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, el apoderado de Complex Colombia Limited y Rubiales Oil B.V., contestó la demanda con oposición plena a la prosperidad de las pretensiones e invocó como respuesta a los hechos de la demanda y como hechos a partir de los cuales estructuró las excepciones de fondo, los mismos consignados en el escrito de contestación a la demanda presentada por el apoderado de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited, sociedad esta última denominada actualmente, Meta Petroleum Ltd.

5. Demanda de reconvención formulada por parte de Complex Colombia Limited y Rubiales Oil B.V., actualmente Meta Petroleum Ltd.

Con identidad de las pretensiones y hechos aducidos en la demanda de reconvención formulada por el apoderado de Tethys Petroleum Company Limited y Turnsector Limited, el apoderado de las sociedades Complex Colombia Limited y Rubiales Oil B.V, actualmente Meta Petroleum Ltd. formuló también demanda de reconvención, mediante documento que obra a folios 139 a 173 del cuaderno principal del expediente.

6. Contestación a las demandas de reconvención por parte de Terpel de la Sabana S.A.

6.1. Pronunciamiento sobre las pretensiones.

El apoderado de Terpel de la Sabana S.A., en un mismo escrito, dio contestación a las demandas de reconvención presentadas oportunamente por parte de los apoderados de las sociedades convocadas, con oposición a cada una de las pretensiones, salvo a la manifestación de las reconvinientes en cuanto a que el contrato celebrado fue de suministro.

6.2. Pronunciamiento sobre los hechos de las demandas de reconvención.

Como respuesta particular a cada uno de los hechos a que se refiere la demanda de reconvención, el apoderado de Terpel de la Sabana S.A., manifestó:

“El primero. Es cierto.

El segundo. En cuanto a la ejecución del contrato desde el mes de julio de 2003, no me consta. No es cierto lo de las conversaciones y la propuesta.

El tercero. Es cierto que hubo acuerdo, sin embargo no es cierto que hubo negociaciones sobre las estipulaciones contractuales dado que estas fueron redactadas por las convocadas.

El cuarto. Es cierto si se refiere a que hubo acuerdo. No es cierto si se refiere a otras circunstancias.

El quinto. No es un hecho sino un argumento jurídico. Ahora bien, Terpel de la Sabana S.A. adquiriría el crudo para comercializarlo, no para consumirlo.

El sexto. Es cierto que se obligaron a suministrar como techo hasta diez mil barriles (10.000) de crudo por día. Sin embargo la fijación del piso era determinada por el mercado conquistado mes a mes por Terpel de la Sabana S.A. y por la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de esta.

El séptimo. No es cierto.

El octavo. No es cierto porque debía tenerse en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel de la Sabana S.A. y la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de esta.

El noveno. No es cierto por la misma razón que antes se expresó.

El décimo. Es cierto que debían tener en cuenta el mercado conquistado por Terpel de la Sabana S.A., pero además la equidad del negocio.

El décimo primero. Es cierto que el comité existió. No es cierto que sus miembros tuvieran, por este solo hecho, la representación de alguna de las partes.

El décimo segundo. En cuanto a las funciones del comité, me atengo a lo que reza el documento que contiene el contrato.

El décimo tercero. No es cierto y aclaro que en cuanto a la fijación de la cuantía del suministro debía tenerse en cuenta en todos los casos el mercado ya conquistado por Terpel de la Sabana S.A. y la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de esta.

El décimo cuarto. Me atengo a lo que diga el documento que contiene el contrato.

El décimo quinto. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento que contiene el contrato.

El décimo sexto. En, cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento que contiene el contrato.

El décimo séptimo. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento que contiene el contrato.

El décimo octavo. No es cierto que Terpel de la Sabana S.A. se hubiera obligado a adquirir la cantidad de crudo que de manera arbitraria y unilateral señalaran las convocadas. En cuanto al texto de la cláusula sexta (6a), me atengo a lo que diga el documento que contiene el contrato.

El décimo noveno. No me consta.

El vigésimo. No me consta, me atengo a lo que se pruebe.

El vigésimo primero. No me consta, me atengo a lo que se pruebe.

El vigésimo segundo. No es cierto.

El vigésimo tercero. No es cierto.

El vigésimo cuarto. No es cierto. Ahora bien, por ser Terpel de la Sabana S.A. comercializadora del producto, únicamente lo solicitaba cuando tenía en firme una orden de compra del crudo, es decir producto comandado por el comprador final.

El vigésimo quinto. No es cierto lo del incumplimiento ni lo que expresa la comunicación.

El vigésimo sexto. Causó sorpresa que se expresaran hechos que no eran ciertos.

El vigésimo séptimo. No es cierto.

El vigésimo octavo. No es cierto.

El vigésimo noveno. Para saber lo que dice el acta, debe ser leída.

El trigésimo. Las convocadas nunca tuvieron en cuenta, de una parte, el mercado conquistado mes a mes por Terpel de la Sabana S.A., y, de otra, desconoció el principio contractual de la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de esta.

El trigésimo primero. No es cierto.

El trigésimo segundo. Terpel de la Sabana S.A. no incumplió el contrato.

El trigésimo tercero. No es cierto.

El trigésimo cuarto. No es cierto.

El trigésimo quinto. Para saber lo que dice la comunicación, debe ser leída.

El trigésimo sexto. No es cierto.

El trigésimo séptimo. Terpel de la Sabana S.A. no incumplió el contrato y para saber lo que dice el acta, debe ser leída.

El trigésimo octavo. No es cierto como está narrado.

El trigésimo noveno. No es cierto y aclaro, aún a riesgo de fatigar, que para la fijación de la cuantía del suministro debía tenerse en cuenta en todos los casos el mercado ya conquistado por Terpel de la Sabana S.A. y la equidad del negocio.

El cuadragésimo: No es cierto.

El cuadragésimo primero. Terpel de la Sabana S.A. no incumplió el contrato.

El cuadragésimo segundo. Terpel de la Sabana S.A. no incumplió el contrato.

El cuadragésimo tercero. Es cierto.

El cuadragésimo cuarto. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento.

El cuadragésimo quinto. No es cierto, las convocadas eran conocedoras de las dificultades que existían para obtener las pólizas.

El cuadragésimo sexto. No es cierto.

El cuadragésimo séptimo. No me consta.

El cuadragésimo octavo. No me consta.

El cuadragésimo noveno. No me consta.

El quincuagésimo: No es cierto.

El quincuagésimo primero. No es cierto.

El quincuagésimo segundo. No es cierto.

El quincuagésimo tercero. No es cierto.

El quincuagésimo cuarto. No es cierto.

El quincuagésimo quinto. No es cierto.

El quincuagésimo sexto. No me consta.

El quincuagésimo séptimo. Para saber lo que dice la comunicación, debe ser leída.

El quincuagésimo octavo. Para saber lo que dice la comunicación, debe ser leída.

El quincuagésimo noveno. Terpel de la Sabana S.A. no incumplió el contrato y para saber lo que dice la comunicación, debe ser leída.

El sexagésimo: No es cierto.

El sexagésimo primero. No es cierto.

El sexagésimo segundo. No es cierto.

El sexagésimo tercero. Es cierto.

El sexagésimo cuarto. Para saber lo que dice la comunicación, debe ser leída.

El sexagésimo quinto. No es cierto.

El sexagésimo sexto. No es un hecho sino una apreciación de los libelistas.

El sexagésimo séptimo. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento que contiene el contrato.

El sexagésimo octavo. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento.

El sexagésimo noveno. Es cierto.

El septuagésimo: No es cierto y para saber lo que dice la comunicación, debe ser leída.

El septuagésimo primero. Es cierto que se envió esta comunicación y lo que ella expresa.

El septuagésimo segundo. Es cierto.

El septuagésimo tercero. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento.

El septuagésimo cuarto. Ya se dijo que en cuanto al texto de esta cláusula me atengo a lo que diga el documento.

El septuagésimo quinto. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento.

El septuagésimo sexto. No me consta.

El septuagésimo séptimo. No me consta.

El septuagésimo octavo. En cuanto al texto de esta cláusula, me atengo a lo que diga el documento.

El septuagésimo noveno. No es cierto.

El octagésimo. No es un hecho sino una combinación de argumentos jurídicos y pretensiones, los cuales se rechazan de manera categórica.

El octagésimo primero. No es cierto

El octagésimo segundo. No es cierto.

El octagésimo tercero. No es cierto

El octagésimo cuarto. No es cierto.

El octagésimo quinto. No es cierto”.

7. Pruebas decretadas y practicadas.

En la primera audiencia de trámite, celebrada el diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), [acta 06 fls. 213 a 225 del cdno. ppal. 1], el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes convocante reconvenida y convocadas reconvinentes en los escritos de la demanda, su contestación, demandas de reconvención y en las respuestas a las mismas.

Los medios de prueba allegados al proceso e incorporados en debida forma al expediente fueron los siguientes:

7.1. Documentales.

La parte convocante reconvenida aportó los documentos relacionados en la demanda folios 10 y 11 del cuaderno principal 1, y en la contestación a las demandas de reconvención, folios 183 y 184 del mismo cuaderno del expediente.

La parte convocada reconviniente aportó al proceso los documentos relacionados en la demanda de reconvención, folios 106 a 110 y 169 a 173 del cuaderno principal 1 del expediente.

7.2. Oficios.

El tribunal recibió e incorporó al expediente las respuestas a los oficios dirigidos al Departamento Nacional de Estadística —DANE—, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas —CREG— y al Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda, y Desarrollo Territorial, solicitados por el apoderado de la parte convocante reconvenida, [fls. 94, 137 y 92 del cdno. de pbas. 4].

7.3. Interrogatorio de parte.

Respondieron interrogatorios de parte ante el tribunal:

- Reynaldo Baquero del Campo, a la sazón representante legal de Tethys Petroleum Company Limited, Turnsector Limited, Rubiales Oil B.V., y Complex Colombian Limited en audiencia de cuatro (04) de octubre de dos mil cuatro (2004), acta número once (11), folios 267 a 273 del cuaderno principal 1.
- Silvia Escobar Gómez, representante legal de Terpel de la Sabana S.A. en audiencia de catorce (14) de octubre de dos mil cuatro (2004), acta doce (12), folios 305 a 335 del cuaderno principal 1.

El interrogatorio de parte formulado a Reynaldo Baquero del Campo continuó y culminó en audiencia de catorce (14) de octubre de dos mil cuatro (2004), acta doce (12) folios 305 a 335 del cuaderno principal 1.

El interrogatorio de parte formulado a Silvia Escobar Gómez continuó y culminó en audiencia de veintidós (22) de febrero de dos mil cinco (2005), acta diecisiete (17) folios 369 a 377 del cuaderno principal 1.

7.4. Declaraciones de terceros.

El tribunal recibió los testimonios de:

1. José Gregorio Flórez acta 7, folio 227 del cuaderno principal 1.
2. Guillermo Amortegui, acta 7, folio 228 del cuaderno principal 1.
3. Carlos Enrique Galeano, acta 7, folio 229 del cuaderno principal 1.

4. Martha Judith Ospina, acta 7, folio 230 del cuaderno principal 1.
5. Álvaro Eliécer Rocha Nuñez, acta 8, folio 235 del cuaderno principal 1.
6. Camilo Ernesto Valencia Chavarro, acta 8, folio 236 del cuaderno principal.
7. Ramón de Jesús Salgado Herrera, acta 8, folio 237 del cuaderno principal 1.
8. Juan Vicente Saucedo Beron, acta 8, folio 238 del cuaderno principal 1.
9. María Mercedes González Manrique, acta 8, folio 239 del cuaderno principal 1.
10. Jairo Rene Niño Hernández, acta 9, folio 243 del cuaderno principal 1.
11. Deyanira Gamba Herrera, acta 9, folio 247 del acta principal 1.
12. Carmenza Estella Restrepo Vélez, acta 9, folio 246 del cuaderno principal 1.
13. Luis Geovanny Cujar Aranguren, acta 9, folio 245 del cuaderno principal 1.
14. Álvaro Josué Yáñez Alsina, acta 9, folio 248 del cuaderno principal 1.
15. Andrea Johana García Osorio, acta 9, folio 244 del cuaderno principal 1.

Las transcripciones de las declaraciones se agregaron al expediente en los respectivos cuadernos de pruebas, previo el traslado dispuesto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

Con relación a los demás testimonios decretados en el auto de pruebas, las partes interesadas en su práctica desistieron de ellos, previo el trámite correspondiente y su aceptación por parte del tribunal (fls. 231 y 270 del cdno. ppal. 1).

7.5. Diligencia de exhibición de documentos con inspección judicial e intervención de peritos.

Se cumplió esta diligencia en la sede de Terpel de la Sabana S.A., ubicada en la Carrera 7 N° 71 – 21, Torre B oficina 1303 de Bogotá, y en la sede de las sociedades Tethys Petroleum Company Limited y Meta Petroleum Ltd., ubicada en la Calle 100 N° 8a – 37 Torre A piso 9°, el día catorce (14) de octubre de dos mil cuatro (2004), según consta en el acta 12 [fls. 306 y 328 del cdno. ppal. 1].

Los apoderados de las partes, comunicaron al tribunal su decisión en cuanto a que la designación de los peritos, se hiciera de la lista de la Cámara de Comercio de Bogotá para estos efectos, o de cualquier otra lista que puedan suministrar entidades especializadas en los temas objeto de la controversia [fl. 257 del cdno. ppal. 1].

A esta solicitud, el tribunal en acta 11 de cuatro (4) de octubre de dos mil cuatro (2004), [fl. 269 del cdno. ppal. 1], solicitó a las partes dispensarlo de acudir a las listas de corporaciones judiciales, de manera que se entendiera autorizado para designar peritos de la mayor prestancia, y con notable conocimiento del mercado petrolero, solicitud que recibió beneplácito de las partes. Por lo anterior, el tribunal designó como peritos a los doctores Ramón Alberto Ortega Reyes, contador, y Carlos Child Escobar, economista, quienes se posesionaron en audiencia llevada a cabo el catorce (14) de octubre de dos mil cuatro (2004), [fl. 306 del cdno. ppal. 1]. Los citados peritos presentaron los dictámenes periciales solicitados dentro de la oportunidad señalada por el tribunal, respecto de los cuales las partes y el propio tribunal solicitaron aclaraciones y complementaciones, ordenadas y atendidas oportunamente. Los dictámenes no fueron objetados por ninguna de las partes y los documentos contentivos de los dictámenes fueron incorporados al expediente [cdnos. de pbas. 4, 5, 6 y 7].

8. Alegatos de conclusión.

La audiencia de alegaciones en el presente proceso se adelantó el día diez (10) de mayo de 2005, concluida la cual las partes presentaron sendos escritos contentivos de los resúmenes sobre sus alegaciones en la audiencia.

Capítulo III

Consideraciones del tribunal

Con fundamento en las pruebas aportadas con los escritos de demanda, contestación, reconvención y contestación, y de las recaudadas a lo largo del proceso, así como en los alegatos de conclusión de las partes, el tribunal se formó el parecer que seguidamente expone y que presenta a manera p^órtico de sus razonamientos y conclusiones.

I. Terpel de la Sabana S.A., de una parte, y Thethys Petroleum Co. Ltd., Turnsector Ltd., Coplex Colombia Ltd. y Rubiales Oil B.V., de la otra, celebraron entre sí el 22 de agosto de 2002, contrato denominado de “venta de crudo”, que ambas partes consideran de suministro, naturaleza que han pedido al tribunal declarar, como su primera pretensión.

Sobre él ha de observarse que a sus términos y cláusulas, ciertamente poco perspicuos, llegaron las partes luego de negociaciones económicas y deliberaciones jurídicas prolongadas.

II. Las asociadas explotan los hidrocarburos del denominado Campo Rubiales en desarrollo de los contratos de participación de riesgo “Rubiales” y de asociación “Piriri” que tienen celebrados con Ecopetrol. El petróleo que se extrae de dicho campo es crudo pesado, apto para utilización industrial en calderas, hornos y secadores o como combustible marino o Bunker.

Las asociadas, que venían comercializando el denominado crudo de Rubiales por conducto de empresas de transporte a las que lo vendían de contado en el propio campo, y poca garantía les daban de eficiencia y certeza del destino de sus despachos, insatisfechas con el volumen de ventas en curso y ansiosas de ampliar su negocio, contrataron con los señores Abraham Colman y Darío López, estudio sobre la productividad del campo petrolífero y las perspectivas del mercado de crudos pesados, que les fue entregado al término del primer trimestre de 2003, y de acuerdo con el cual era factible comercializar de manera inmediata 8.000 barriles por día, dado que el mercado existente ascendía a la cantidad de 12.000 barriles por día. Basadas en él, determinaron la expansión de la empresa, con inversiones de más de US\$ 60.000'000.000 que habrían de realizarse, como en efecto las hicieron durante ese año, unas con anterioridad a la firma del contrato con Terpel, y otras con posterioridad a ella.

Estimuladas por la perspectiva brillante que se les abrían según el estudio mencionado, las asociadas se dieron a la tarea de buscar una distribuidora segura, experimentada e interesada en el negocio. Fracasados sus contactos con Exxon-Mobil y Brío, acudieron a Terpel, empresa dedicada desde 1956 a la distribución y comercialización de toda la gama de combustibles y derivados del petróleo, y ya para entonces una de las más grandes del país en ese ramo, que, deseosa de incrementar su participación, de apenas un 1% en el año 2003, se entusiasmó con los prospectos de las asociadas, coincidentes con los propios. En esas condiciones, surgió la posibilidad de celebrar contrato de venta de crudo, con la meta de hacerse en el año 2010 al 75% del mercado de crudo, que, según el cuadro presentado por Terpel, se mantendría estable, esto es, en 3.714.286 barriles por año hasta el 2010.

Así, comenzaron a trabajar juntas las partes desde el mes de julio de 2003, antes de redactar y suscribir el documento contractual.

A juzgar por los resultados de la operación durante la vigencia del contrato y posteriores a su terminación hasta fines de 2004, cual se infiere de los dictámenes periciales, ni aquel estudio, ni los análisis y cálculos de Terpel tuvieron presente la concurrencia del gas industrial como combustible en competencia ventajosa con el crudo pesado, o la subestimaron.

III. Cuestión fundamental en un contrato de suministro es la determinación del monto de la provisión, que las partes bien pueden deferir a acuerdos suyos posteriores, sometidos o no a consideraciones o factores externos, como ocurrió en este caso, cual lo muestran las cláusulas segunda y cuarta.

Pues bien, al observar cómo se regularon contractualmente la metodología y el trámite para establecer el volumen de la provisión mensual y cotejarlas con la forma cómo procedieron las partes en los escasos cinco meses que duró su relación, se concluye que estas hicieron caso omiso de aquella pauta, de manera que la determinación convencional de la cantidad solo se dio de octubre a diciembre de 2003, y por otros procedimientos: en los cinco

meses de vigencia del contrato el llamado comité ejecutivo, sede natural de las discusiones al respecto, solo se reunió cuatro veces y únicamente discutió el tema de los volúmenes del suministro mensual de octubre a enero, en la reunión de 22 de octubre.

IV. Así mismo llama la atención el hecho de que, no habiendo Terpel llegado a comprar la totalidad de los volúmenes aceptados por ella para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003, no se encuentre ninguna explicación suya de ese déficit continuado en la correspondencia o en las actas de reuniones de las partes, y que, por su lado, las asociadas nada le hubieran reclamado, como no fuera en forma prematura e infundada en la carta de 17 de octubre de 2003, suscrita por el Gerente General de Tethys. Así mismo, es extraño que las asociadas no le hubieran reprochado a Terpel el no haber presentado las pólizas de seguros prevenidas en el contrato para la firma del mismo cual estaba previsto en el encabezamiento de la cláusula 15ª, y haber dilatado indefinidamente su obtención y entrega. El caso es que, luego de una reunión que dicen haber tenido las partes avanzado el mes de diciembre de 2003 (carta de las asociadas de 7 de enero de 2004 y carta de Terpel de 22 de enero de 2004), sin haber llegado a un acuerdo, y sin siquiera haber intentado determinar la cantidad que Terpel habría de comprar en enero siguiente, las asociadas, esgrimiendo la cláusula décimo octava, apartado IV de la cláusula 18ª del contrato, en carta de 7 de enero de 2004 la conminaron para que en el término de ocho días “subsanara las causales de incumplimiento: ausencia de constitución de las pólizas” y “falta de compra de los volúmenes de crudo puestos a su disposición”, pues, “de lo contrario, deberíamos pasar de inmediato a los procedimientos establecidos en el mismo contrato en caso de incumplimiento, incluidas las reclamaciones de las sumas adeudadas por el crudo no comprado por ustedes, las cláusulas penales y las indemnizaciones por los perjuicios causados”, no sin antes haber expresado: “En las reuniones que hemos adelantado con ustedes en los días previos a la finalización del año 2003 se estudiaron los inconvenientes surgidos y se formularon procedimientos que nos permitieran superar de alguna manera las actuales dificultades. Nuestros abogados han tomado contacto con ustedes con el fin de iniciar conversaciones sin que al día de hoy esto haya sido posible”, y ese mismo día le solicitaron “hacer llegar el listado de los clientes activos consumidores de crudo Rubiales al cierre del mes de diciembre de 2003, incluyendo a sus distribuidores y clientes”. Y a tiempo que llegaba a manos de las asociadas el día 20 la nota de contestación de Terpel fechada el 15 de enero de 2004, en la que manifestó que “esperamos que los abogados se pongan de acuerdo para resolver lo pertinente, conforme a lo dialogado el pasado 19 de diciembre de 2003”, ellas le dirigieron la carta TPC-00101 de 21 de enero de 2004, con esta declaración:

“En la mañana de hoy nuestros abogados se reunieron con el director jurídico de su empresa, con el fin de buscar una salida a la situación planteada entre Tethys, Turnsector, Rubiales y Colplex, por una parte; y Terpel, por la otra, respecto del contrato de venta de crudo suscrito con ustedes el 22 de agosto de 2003./ El 7 de enero dirigimos a Ustedes una comunicación señalando dos puntos concretos de incumplimiento del contrato por parte de Terpel, y esperamos el tiempo previsto en el mismo contrato para que se solucionaran los incumplimientos allí descritos. En el día de hoy recibimos su carta fechada del [sic] 15 de enero de 2004, sin que allí se de solución a los incumplimientos./ Por lo anterior debemos considerar incumplido y terminado por causa de ustedes el contrato, según lo convinieron las partes en el numeral cuarto de la cláusula 18 del contrato ya citado”, con prevención de “iniciar los trámites para que el tribunal de arbitramento se pronuncie sobre las reclamaciones que allí se presenten según lo acordado en el contrato”, y el día 26 publicaron en el diario El Tiempo de Bogotá aviso de este tenor: “Tethys Petroleum Company y Meta Petroleum informan que a partir de la fecha comercializarán directamente su producto crudo Rubiales y ofrecerán su servicio a todos los clientes y usuarios a través del PBX ... , Fax ... de Bogotá”.

V. Ese proceder sugiere que ambas partes en medio de los desajustes propios de la iniciación de todo negocio, se avinieron y toleraron, no sin haberse dirigido cartas que anticipan interpretaciones codiciosamente inexactas del contrato, y cuando todo parecía que hubieran llegado a un entendimiento, como podría inferirse de la carta de 20 de diciembre, del representante legal de las asociadas a Terpel por carta: “adjunto remito el volumen diario que les venderemos y que ustedes están obligados a comprar durante el mes de febrero de 2004: volumen diario para febrero de 2004: 5.000 BOPD. Adicionalmente les envío los estimados de ventas diaria[s] para los meses de marzo y abril de 2004: Volumen diario para marzo de 2004: 5.000 BOPD. Volumen diario para abril de 2004: 5.000 BOPG”, transcurridas las dos semanas de fines de año y comienzo del nuevo, las asociadas súbitamente aparecen decepcionadas por el bajo rendimiento de las ventas, incómodas con el contrato y ansiosas de terminarlo, pero al mismo tiempo cargada de pugnacidad. ¿Cómo entender ese cambio intempestivo y brusco que les impidió

entenderse con Terpel y obrar con la prudencia y elegancia, que el contrato y la normatividad les imponían. Luego, las dos partes han tratado de presentar los hechos y entender alegremente el contrato, cada cual a su manera, viendo de aprovecharse de malas interpretaciones de sus cláusulas y de los yerros de la contraria.

A riesgo de parecer gazmoño, el tribunal considera su deber resaltar ese comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato y en el curso el proceso, de modo de señalar que, a su juicio, no obraron con la lealtad debida en el desarrollo de aquel y para su terminación, como tampoco en el manejo de sus pretensiones y de los hechos de las respectivas demandas, y en la presentación y el tratamiento de las pruebas, cual habrá de puntualizarlo en las respectivas oportunidades.

La demanda de Terpel.

1. Pretensiones.

Terpel de la Sabana S.A. pidió:

1. Que se declare que el contrato suscrito entre las partes es un contrato de suministro.
2. Que se declare que Tethys Petroleum Ltd. y las demás asociadas, dieron por terminado de manera ilegal y sin justa causa el mencionado contrato de suministro.
3. Que como consecuencia de esta terminación ilegal e injusta se condene a las asociadas a pagar el valor de los perjuicios que con su terminación ilegal e injustificada le han causado a Terpel, los que ascienden a \$ 1.872.000.000 y que corresponden a la cláusula penal contenida en el parágrafo primero de la cláusula 18ª del contrato.
4. Declarar que las convocadas deben pagar a Terpel de la Sabana S.A. la suma de \$ 2.092.229.125.82, junto con los intereses a la tasa más alta legalmente permitida, cantidad que se desglosa y determina así:
 - a) \$ 1.598.676.692.32, por concepto del reembolso del precio diferencial por los despachos del crudo que se hicieron hasta el mes de diciembre de 2003.
 - b) \$ 3.061.169.33, por concepto del descuento a que tiene derecho Terpel en razón de la humedad y la calidad del crudo suministrado.
 - c) \$ 201.907.936.47, por crudo que Terpel pagó pero que fue entregado en Cartagena a otros clientes de las convocadas.
 - d) \$ 288.583.327.70 por concepto de impuesto de IVA que la convocante canceló sin que las demandadas le hayan restituido su parte proporcional.

El tribunal clasifica tales súplicas en tres secciones: una primera, relativa al pronunciamiento sobre la naturaleza del contrato; una segunda, correspondiente a la terminación de este por parte de las asociadas, y una tercera, atinente a las afirmadas cantidades debidas por distintos conceptos en razón del ejercicio del contrato, y pendientes de pago.

2. La naturaleza del contrato.

Como se indicó, a este propósito coinciden las pretensiones de la demanda principal con las de la reconvención, y las respuestas correspondientes, de modo que la declaración en tal sentido se impone, comenzando porque la clasificación o caracterización jurídica del contrato ha de hacerla en principio el juzgador según la denominación que le hayan dado las partes, a menos que sea evidente un desacierto, casual o deliberado de estas, y hasta podría agregarse, salvo que ellas concuerden en excluir la posibilidad de revisión judicial de esa calificación. Aquí, “contrato de suministro”, pero no para atender a las necesidades propias del destinatario de la provisión, sino para la reventa del producto por este a los consumidores.

3. La terminación del contrato por parte de las asociadas y la exigibilidad de la multa.

I. De entrada ha de ponerse de presente que las asociadas al contestar la demanda y en concreto, al oponerse al pronunciamiento solicitado en la segunda pretensión manifestaron: “ante el incumplimiento en que incurrió Terpel de sus obligaciones, las sociedades ... podían optar por el cumplimiento o por la resolución del contrato...”; que en las súplicas 5ª y 5ª subsidiaria de sus demandas de reconvención pidieron, que se declare: “5. Que como consecuencia de que Terpel de la Sabana S.A. incurrió en los incumplimientos a que se refieren los ordinales anteriores, o en uno de ellos, se decrete la terminación del contrato ... 5ª subsidiaria. Que se declare que, consecuencia de los incumplimientos en que incurrió Terpel de la Sabana S.A., el contrato a que se refiere la pretensión primera de esta demanda, terminó por causa que le es imputable”; que en el hecho 82 de la demanda de reconvención se anota que “las asociadas están en posibilidad de elegir la acción de resolución del contrato con indemnización de perjuicios por los siguientes incumplimientos de Terpel: 1. El de la obligación relativa a la cantidad de petróleo crudo que debían comprar. 2. El de la obligación de tomar, constituir, presentar y mantener las pólizas que antes se mencionaron. 3. El de la obligación en que estaba Terpel de no incurrir en ‘falsedad de las declaraciones, certificaciones y acuerdos de las partes’. 4. El de recoger la cantidad de crudo comprado en la forma que correspondiera a la naturaleza de su obligación”; y que en sus alegatos, declararon: “Se manifestó oposición a la segunda solicitud porque para las asociadas estaba perfectamente clara la situación de incumplimiento y violación del contrato por parte de Terpel. Justamente a este tribunal solicitaron las asociadas el pronunciamiento de terminación del contrato, por lo que en ningún momento se puede sustentar la alegada terminación del contrato. Las asociadas han sostenido, y así lo han probado, que con la comunicación dirigida a Terpel, simplemente se pidió poner en marcha los mecanismos previstos en el contrato cuando era ostensible para una de las partes el incumplimiento de la otra”.

II. Seguidamente, en orden lógico, ha de establecerse lo ocurrido y sus efectos, a más de, consultando la naturaleza jurídica de la decisión de resolución de contrato, mirando el alcance cierto de las comunicaciones de las asociadas a Terpel, de fechas 7 y 21 de enero de 2004.

“La decisión de resolución es una manifestación de voluntad del titular del derecho, llevada al conocimiento de su destinatario y de la cual resulta la resolución del contrato. Se trata de un acto jurídico unilateral recepticio. Una voluntad única que debe ser comunicada al deudor y, llegado el caso, a terceros. ... La cláusula resolutoria otorga a su beneficiario, en caso de inejecución, un derecho de resolución. La resolución resulta de la voluntad del acreedor que pone por obra su derecho. A la inversa de la resolución judicial, la resolución del contrato no depende de una intervención del juez. La voluntad del titular basta para provocarla. En la aptitud de la decisión del acreedor para determinar la resolución del contrato radica su característica más importante, pues permite definirla como un acto jurídico y confiere a la cláusula su interés y su utilidad. La eficacia de la decisión está subordinada a su validez y comporta importantes consecuencias”⁽¹⁾.

Atrás se transcribieron los apartes pertinentes de las comunicaciones, cuyos textos han de ser entendidos y calificados en función del apartado (iv) de la cláusula 18ª del contrato, que fue el invocado en ellas:

“Cláusula décima octava. Causales de terminación. Son eventos de terminación del presente contrato los siguientes: ... (iv) El incumplimiento por cualquier de las partes de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea subsanado en un término máximo de ocho (8) días. La causal de terminación prevista en este numeral solo tendrá justa causa para la parte cumplida”.

III. Es evidente que el tenor de las cartas, el hecho de haber pedido a Terpel la lista de clientes y el aviso en el diario El Tiempo, hechos ocurridos sucesivamente en forma concatenada, no permiten duda alguna de que las asociadas declararon terminado el contrato, y de que de hecho lo terminaron, al obrar enarbolando la cláusula 18ª, entendida como derecho de terminación unilateral justificada y crea consecuentemente: “... debemos considerar incumplido y terminado por causa de ustedes el contrato, según lo convinieron las partes en el numeral cuarto de la cláusula 18 del contrato ya citado. Nuestros abogados hablarán con el Dr. Llinás de la necesidad de iniciar los trámites para que el tribunal de arbitramento se pronuncie sobre las reclamaciones que allí se presenten ...”.

Los términos allí empleados y la efectividad de la determinación entonces tomada, impiden modificar su sentido unívoco y alterar su resultado. De ahí que la explicación de las asociadas en su alegato, de que “con la comunicación dirigida a Terpel, simplemente se pidió poner en marcha los mecanismos previstos en el contrato

cuando era ostensible para una de las partes el incumplimiento de la otra”, no sea atendible, toda vez que, como se lee en la carta de 21 de enero, las asociadas no solamente ‘pusieron en marcha esos mecanismos’, sino que los ejecutaron a plenitud.

A ello se agrega que habiendo enviado Terpel carta a las asociadas el 22 de enero con manifestación de su extrañeza por haberse dado terminación al contrato y rechazo de la inculpación de incumplimiento de sus obligaciones, no hay señas de que sus destinatarias la hubieran respondido y, sobre todo, de que hubieran contradicho el aserto de terminación del contrato por declaración unilateral suya.

Otra cosa es que, ellas, posiblemente inseguras o temerosas, en razón de la demanda de Terpel para el pago de la multa prevista en el parágrafo primero de la cláusula 18ª del contrato (“En caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de las asociadas”), alegando terminación ilegal e injustificada de aquel, y queriendo curarse en salud, primero, al contestar la demanda, y luego, en las demandas de reconvención, incorporaron la pretensión quinta, para que el tribunal decretara la terminación del contrato que ellas dieron por terminado unilateralmente desde el 21 de enero de 2004, y hubieran tratado de restarle alcance a esta declaración o, sin más, contradecirla póstumamente, como aparece en sus contestaciones a la demanda, y se le escuchó al representante legal de ellas en el interrogatorio de parte: “No, no se dio por terminado el contrato, se inició el proceso contemplado en el contrato por los incumplimientos que se venían presentando [!!]”, y se lee lo mismo en el alegato de conclusión.

Para el tribunal es incuestionable que las asociadas, diciendo basarse en la cláusula 18ª del contrato, terminaron unilateralmente el contrato el 21 de enero de 2004. Ese es el hecho. Otra cosa es la legalidad y la justicia de tal pronunciamiento.

4. Ilegitimidad de la terminación unilateral por parte de las asociadas.

La pretensión segunda de la demanda de Terpel, base de la tercera, de condena al pago de la multa establecida en el parágrafo primero de la cláusula 18ª del contrato, consiste en la declaración de que ‘las asociadas [lo] dieron por terminado de manera ilegal y sin justa causa’. En consecuencia, el tribunal procede a examinar esos cargos en el orden en que fueron formulados.

5. Ilegalidad de la terminación unilateral del contrato por parte de las asociadas.

I. En su alegato de conclusión, la convocante se esmera en descalificar la terminación unilateral del contrato por parte de las asociadas, a más de afirmar haber cumplido la obligación de adquisición de crudo, diciendo que la falta de constitución de las pólizas a favor de las asociadas obedeció a un hecho extraño a ella y, que, de todos modos, no habría sido un “incumplimiento grave, esencial o del núcleo prestacional”, amén de que no está probado que les hubiera ocasionado perjuicios graves o cuya importancia pudiera haber mermado la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para cumplir posteriormente sus compromisos sucesivos, viendo así de colocarse en la esfera de la regulación legal del contrato de suministro (C. Co., art. 973).

Para el tribunal es claro que de por medio hay un patrón convencional que debe ser atendido y dentro de cuya órbita ha de resolverse la controversia, dadas las estipulaciones de las partes, pero, sobre todo, porque las asociadas dijeron acogerse a ellas en su nota del 21 de enero de 2004, mas sin perder de vista, como referencia complementaria, la norma citada.

II. El contrato puede disolverse en primer lugar por mutuo acuerdo de las partes, hipótesis la más obvia y auténtica de dar por terminada una relación negocial. Por ello el artículo 1625 del Código Civil, al enumerar los modos de extinguirse una obligación, coloca en primer lugar el mutuo disenso, o mejor el *contrarius consensus*, al disponer que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

No obstante, en ocasiones, que son de carácter excepcional, la ley permite disolver el vínculo por decisión unilateral de una de las partes, cual ocurre en los contratos de duración indefinida o en aquellos en que la confianza recíproca de las partes ha de imperar en todo momento. En otras, son las propias partes las que, por medio de cláusula a propósito, otorgan, a una de ellas, o a las dos, la posibilidad de desvincularse unilateralmente en

determinadas circunstancias al término del procedimiento previsto al efecto.

Cuando se acuerda que el incumplimiento de una de las partes permite a la otra dar por resuelto o terminado el contrato, ese pacto de resolución convencional se denomina cláusula resolutoria o pacto comisorio, en recuerdo de la *lex commissoria* del derecho romano, la cual, como se sabe, permitía al vendedor resolver el contrato si el comprador no le pagaba el precio. “Las partes pueden —dice Christian Atias— arreglar, desde el principio, las consecuencias de un eventual incumplimiento de la una o de la otra. Es el objeto de la cláusula resolutoria. Ella parece subordinar la supervivencia del contrato, no ya a una condición sobre-entendida, sino a la condición expresa de su ejecución”⁽²⁾.

III. La resolución unilateral de origen convencional no cuenta, en nuestro ordenamiento, con una regulación de carácter general. Para el caso de la compraventa está previsto el pacto comisorio, definido por el artículo 1935 Código Civil como aquel en el que “se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”. Los artículos 1936, 1937 y 1938 Código Civil, al señalar cuáles son sus efectos según la manera como haya sido redactada la cláusula, han dado lugar a que, doctrinaria y jurisprudencialmente, se distinga entre el pacto comisorio simple y el pacto comisorio calificado o que lleva la cláusula de resolución *ipso facto*⁽³⁾.

El primero, en rigor es una reproducción en el contenido contractual de la llamada condición resolutoria tácita prevista por los artículos 1546 Código Civil y 870 Código de Comercio. El segundo, conservando la facultad del acreedor de optar entre la resolución y la ejecución específica, hace más expedita la operatividad de aquella, como lo dispone el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, a la vez que asegura la legitimidad del cumplimiento tardío, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1937 Código Civil, “el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda”. Pero, la resolución en ninguno de los dos pactos, y esto es lo que para el caso interesa resaltar, se produce sin la intervención previa del juez: es él quien la decreta, o sea que el vendedor, unilateralmente, no puede dar por resuelto el contrato por sí y ante sí. Y tampoco opera *ipso iure*.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil, en sentencia de junio 6 de 1935, dijo: “Opina, pues, la Corte, al respecto que, si bien el vendedor puede optar por la resolución del contrato cuando el comprador incurre en mora en el pago del precio y, si bien, optando el vendedor por resolver el contrato y no usando el comprador el derecho de pagar en las veinticuatro horas subsiguiente a la notificación de la demanda, la resolución se produce, no cabe dentro de nuestra legislación conceptuar que esta sobrevenga de suyo o automáticamente. Por el contrario, los términos del artículo 1937, que inequívocamente habla de demanda, obligan a reconocer que la ley exige que haya una demanda sobre resolución”⁽⁴⁾.

Se ha discutido si las normas que regulan el pacto comisorio, resolución convencional en el contrato de compraventa, particularmente por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, son de carácter excepcional, aplicables solo a esa figura específica y, por lo tanto, de imposible extensión por analogía a otros contratos, o si, por el contrario, consagran un principio de carácter general, aplicable, en esa razón, a todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, a saber: el de que la resolución convencional por incumplimiento, que si bien no opera automáticamente por la simple realización de la hipótesis prevista en la respectiva cláusula contractual, pues de todos modos exige un pronunciamiento judicial, sí agiliza el ejercicio del derecho del contratante cumplido a la terminación de un contrato incumplido por su contraparte, cuyo mantenimiento anómalo no se justifica y le sería en extremo nocivo. A este propósito, la doctrina mayoritaria parece inclinarse por la última tesis⁽⁵⁾.

IV. Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos (doctrina, jurisprudencia e incluso ley), a la cual no tendría por qué sustraerse el nuestro, es la de aceptar la legitimidad de la “cláusula resolutoria expresa”, que se volvió usual en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada de larga duración, que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor, sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, pero con interpretación restrictiva y sujeta a requisitos severos, tanto en su formulación, como, especialmente, en su empleo, y dejando a salvo la protesta de la contraparte y su derecho a acudir al juez para que declare la ilegalidad o la falta de justificación de su aplicación, y de ese modo obtener,

según sea del caso, un pronunciamiento que restablezca el contrato, con indemnización, o sin más, el resarcimiento de todos los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura indebida.

Mélich-Orsini, discurre a propósito: «El derecho que el artículo 1167 del Código Civil [venezolano] concede al acreedor de solicitar la resolución del contrato con los daños y perjuicios puede ser reforzado mediante la llamada ‘cláusula resolutoria expresa’ o ‘pacto comisorio’. Este reforzamiento consiste en el otorgamiento al acreedor del derecho a declarar unilateralmente resuelto el contrato, sin necesidad de acudir al tribunal en solicitud de que este lo pronuncie así, cuando el deudor incumpla una o varias determinadas obligaciones según las modalidades establecidas. La estipulación de tal pacto sustrae al acreedor a la incertidumbre de si el juez apreciará o no como de suficiente gravedad el incumplimiento de su deudor, a los fines del pronunciamiento de la resolución del contrato. No existe en nuestro código civil un texto expreso que consagre y regle esta clase de cláusulas, tal como existe en el código italiano de 1942, pero tampoco existe en el código francés ni en el español, ni existía en el viejo código italiano de 1865, lo cual no fue jamás obstáculo para que se aceptase por la jurisprudencia y doctrina de dichos códigos la validez de semejante cláusula. En general se sostiene que la validez de este género de cláusula puede explicarse por el artículo 1159 Código Civil que consagra la autonomía de la voluntad en la configuración del contrato. ... Para la eficacia de la cláusula no se exigen términos sacramentales, pero deberá ser clara la voluntad de las partes de establecerla y no bastará llamar con este nombre a las que propiamente no son tales. Así, debe excluirse que nos hallemos en presencia de una verdadera cláusula resolutoria expresa cuando se diga de un modo genérico que el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes da derecho a la otra a declarar resuelto el contrato, pues esto puede interpretarse como una simple reiteración del principio que establece el artículo 1167. Por ello, el artículo 1456 del vigente Código Civil italiano exige que se determinen las obligaciones y las modalidades cuya inobservancia dará derecho al acreedor a declarar la resolución el contrato, y la jurisprudencia francesa suele exigir que se trate de la violación de una obligación expresa del contrato. En cualquier caso, deberá tenerse presente que, como excepción que es al principio general de la resolución judicial, este género de cláusula es de interpretación estricta, por lo cual si se quiere descartar una interpretación judicial que haga inoperante la cláusula hay que esmerarse por evitar toda redacción ambigua”⁽⁶⁾.

La jurisprudencia y la doctrina francesas, en un principio firmes en el ‘carácter necesariamente judicial de la resolución por inejecución’, al aceptar el unilateralismo de la decisión cuando se trata de un incumplimiento especialmente grave del deudor, y en cuanto “el sistema de la resolución unilateral se generaliza, porque parece mucho más eficaz en el ámbito económico, en la medida en que permite un re-empleo más rápido de los recursos”⁽⁷⁾, empero se muestran particularmente rigurosas frente a las cláusulas resolutorias. Ante todo, exigen absoluta precisión en la redacción de la cláusula, en el sentido de que no basta la referencia al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe indicar concretamente el incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan Ghestin, Jamin y Billiau, “que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que genera, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula”⁽⁸⁾. Por su parte, Malaurie y Aynès, comentan a este propósito: “La cláusula resolutoria le retira al juez su poder de apreciación. Pero el juez, en el estado actual del derecho, tiene una tarea doble que no se muestra a primera vista: verificar si ha habido inejecución e interpretar la cláusula. Se pregunta si, además, no tendría un poder moderador a propósito. Ante la demanda del deudor, luego de que el acreedor decidió romper el contrato, él verifica si hubo inejecución: es menester que se trate de una de las obligaciones previstas por la cláusula. El acreedor solamente puede proceder a esta ruptura unilateral cuando la cláusula se lo permite, lo que envuelve un problema de interpretación”. Y agregan: “La interpretación de las cláusulas resolutorias por la jurisprudencia es estricta y en ella impera un formalismo riguroso, a menudo ligado al automatismo de los efectos de la cláusula. Por ejemplo, si la cláusula se limita a prever “la resolución en caso de inejecución”, los tribunales deciden que ella es un mero envío al artículo 1184, que no suprime la obligación de recurrir al juez, como tampoco la de constitución en mora. La cláusula que estipula la “resolución de pleno derecho” en caso de inejecución dispensa de tener que recurrir al juez, pero no de la constitución en mora para verificar la inejecución. La única cláusula que implica la resolución automática por el hecho de la inejecución al vencimiento de un término es aquella que estipula la “resolución de pleno derecho sin requerimiento” en caso de inejecución luego del vencimiento del término”⁽⁹⁾.

En segundo lugar, velan por la efectividad de la constitución en mora del deudor, más en los casos en los que la ley exige un requerimiento especial⁽¹⁰⁾. En fin, controlan estrictamente que el acreedor proceda de buena fe, “la Corte

de casación exige siempre un cierto grado de buena fe de parte del acreedor para autorizarlo a poner por obra la cláusula resolutoria”⁽¹¹⁾, quizá porque, como lo anotan Malaurie y Aynès, “tradicionalmente, la cláusula resolutoria de pleno derecho excluye los poderes que el artículo 1184, inciso 3º confiere al juez, lo que ha implicado ciertos abusos. Por ejemplo, la resiliación de un arrendamiento comercial por una culpa mínima puede causar al arrendatario un perjuicio considerable”⁽¹²⁾. Buena fe que debe ser entendida no solo en su manifestación pasiva de no abstenerse de ejecutar las propias obligaciones, sino en forma activa, que implica para el acreedor haber cooperado con el deudor en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de este. O, con palabras de Ghestin, Jamin y Billiau, “el acreedor no debe simplemente ejecutar de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuando menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento”⁽¹³⁾.

Según Terré, Simler y Lequette, “El deseo de los contratantes de favorecer la resolución del contrato en caso de inejecución, puede ser muy vivo y traducirse en la inserción de una cláusula en el contrato que despoje a la resolución de su carácter judicial y la haga más o menos automática. Llamadas cláusulas resolutorias o incluso pactos comisorios expresos, estas cláusulas prevén que en presencia de faltas a la fe contractual la resolución operará de pleno derecho. El papel del juez viene a ser entonces bastante reducido: no puede más que indagar si la gravedad de la falta justifica o no la resolución. En caso de contradicción habrá de constatar que la resolución operó automáticamente luego de haber verificado que se reunieron las condiciones exigidas por la cláusula. Y aun entonces, es menester, para que la resolución opere, que aquella sea invocada, no por el deudor fallido, sino por el acreedor de la obligación no ejecutada, quien conserva, en efecto, la libertad de escoger entre la resolución y la ejecución forzada, como también entre la resolución judicial y la resolución contractual. Al permitir evitar los inconvenientes más o menos inherentes a la intervención judicial, ... las ventajas de la cláusula son evidentes. Pero no lo son menos sus peligros. En el orden económico, el favorecimiento desmesurado de la destrucción de los contratos, sobre todo en materia comercial. Y en las relaciones entre las partes, hay lugar a temer que la parte dominante imponga a la otra cláusulas que prevén una sanción automática que puede resultar desproporcionada con relación al incumplimiento comprobado. Así, una corriente doctrinal importante aspira a que se le reconozca al juez un poder moderador ... El legislador no ha intervenido de manera específica, y en cuanto a la jurisprudencia, ella ejerce un cierto poder de apreciación, valiéndose de la interpretación y verificando si la cláusula se ha invocado de buena fe... Los tribunales se han esforzado en ejercer un cierto control de la resolución interpretando restrictivamente las cláusulas y acudiendo a la buena fe ... Para que la resolución opere de pleno derecho, sin necesidad de recurrir al juez, es menester que la cláusula lo haya previsto de manera inequívoca y que sancione ‘el quebranto de una estipulación expresa’ del contrato. Más todavía, la mención de ‘resolución de pleno derecho’ no dispensa al acreedor del deber de constituir en mora al deudor fallido, recordándole la existencia de la cláusula y precisándole sus fallas y el término de que dispone para ponerse día. Esta exigencia, que no aparece en el régimen común de la resolución, es evidente acá por efecto de la ausencia de demanda judicial. La necesidad de la constitución en mora no desaparece sino en el caso de que las partes hayan estipulado que la resolución operará ‘de pleno derecho y sin requerimiento’ en caso de inejecución al vencimiento del término. Según la fórmula empleada por la Alta jurisdicción, ‘si bien las cláusulas resolutorias se imponen a los jueces, su aplicación, sin embargo, se mantiene subordinada a las exigencias de la buena fe, por aplicación del artículo 1134 del code civil [C.C., 1603; C. Co., 871]. En otros términos, los jueces pueden improbar la resolución del contrato invocada por el acreedor cuando este ha obrado de mala fe. Así, cuando el acreedor constituye en mora a su deudor en condiciones tales que equivalen a la imposibilidad de remediar sus incumplimientos, o cuando omite reclamar su crédito durante un período bastante prolongado ...”⁽¹⁴⁾.

“La característica principal de la cláusula resolutoria —dice Paulin— es la de derogar la exigencia por principio de una resolución judicial. ... En verdad, el principio de una resolución judicial está firmemente arraigado en nuestros espíritus, por lo cual una cláusula que excluya al juez es vista con desconfianza. ... Por ello es sorprendente que la cláusula resolutoria sea una de las estipulaciones más usuales en los contratos, una de las principales en los contratos entre profesionales. ... El objetivo de la cláusula es el de garantía contra el contratante negligente. La amenaza de la sanción incita al deudor, que no cuenta con la indulgencia del juez, a un respeto estricto de sus compromisos. La cláusula resolutoria no es otra cosa que una liberación al acreedor, que queda dispensado de tener que soportar la inejecución de sus compromisos por parte del deudor. ... La interpretación estricta, la buena fe en la ejecución del contrato, constituirían trabas judiciales a la eficacia de la cláusula resolutoria. ... Así se explica

la exigencia de una estipulación expresa de la cláusula resolutoria. ... Su rechazo en presencia de la mala fe del acreedor no concierne sino a una situación: la de aquel que colocó a su contraparte en la imposibilidad de ejecutar sus obligaciones”⁽¹⁵⁾.

“El derecho de resolución, al contrario de los derechos discrecionales, puede ser calificado de controlado. El control se manifiesta con oportunidad de su ejercicio. La convención permite la atribución del derecho al acreedor, de liberarse, dentro de una óptica precisa, de las relaciones que tiene con el deudor fallido. Su titular debe, pues, emplear el derecho con esa finalidad y no utilizarlo como un medio cómodo de romper el contrato arbitrariamente. Los jueces prestan atención a las circunstancias dentro de las cuales el acreedor pone por obra su derecho y se atribuyen el poder de hacer inoperante su decisión cuando ha sido abusiva. ... El juez ejerce un control sobre los móviles que impulsan al titular del derecho a utilizarlo”⁽¹⁶⁾.

En fin, en el Proyecto de reforma del Libro III del Code civil français elaborado por Comisión presidida por Pierre Catala, próximo a ser presentado al Ministerio de Justicia francés, se encuentra esta previsión: “ART. 1159.—Las cláusulas resolutorias deben indicar expresamente los compromisos cuya ejecución implicará la resolución del contrato./ La resolución está subordinada a la constitución en mora infructuosa, de no haberse convenido que se producirá por el solo hecho de la inejecución. La constitución en mora no es eficaz sino en cuanto se refiera en términos inequívocos a la cláusula resolutoria./ En todo caso, la resolución no producirá efecto sino con la notificación que se haya hecho al deudor y a partir de la fecha de su recepción”.

V. La cláusula 18ª del contrato suscrito por Terpel y las asociadas el 22 de agosto de 2003 dispuso, valga repetirla: “Son eventos de terminación del presente contrato: iv) el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea subsanado en un término máximo de ocho (8) días. La causal de terminación prevista en este numeral solo tendrá justa causa para la parte cumplida. Parágrafo Primero: ...”. Su sola lectura deja ver a las claras que se trata de una cláusula estándar, de una cláusula resolutoria típica, que, dados sus términos genéricos, es asimilable a un pacto comisorio simple, cuyo ejercicio exige demanda y pronunciamiento judiciales.

Allá no se señalaron expresa y ciertamente las obligaciones cuyo incumplimiento daría lugar a la terminación unilateral, y sobre todo, el término de ‘preaviso’ común para todo evento (ocho días), no concuerda con la exigencia de razonabilidad y equidad correspondientes al rigor con que se ha de tratar la estipulación y el procedimiento excepcionales.

No huelga recordar que el Código de Comercio en su disciplina de la figura del suministro previene que el derecho de dar por terminado el contrato por “el incumplimiento de una de las partes a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia ...”, pero que “en ningún caso podrá poner fin al mismo sin dar aviso como lo prevé el artículo precedente” (art. 973), y que este prevé (art. 972), que la parte “estará obligada a dar preaviso prudencial a la otra de la fecha en que debe cumplirse la correspondiente prestación”.

Venga entonces este pasaje doctrinario de J. A. Bonivento: “ Con todo, se podrá pensar que la terminación del contrato de suministro, que prevé el artículo 973, es extrajudicial, como acontece con la consagrada en el artículo 977, y que, por tanto, no requiere declaración judicial en tal sentido. Pero creemos que no. La terminación de que trata el artículo 973, es siempre judicial, porque, como es sabido, en nuestra organización de derecho privado, el mecanismo de aniquilamiento de un contrato por incumplimiento, descansa, fundamentalmente, en la movilización del aparato jurisdiccional en procura de ese cometido. Con mayor razón cuando las circunstancias, que destaca dicho precepto, son de una evidente complejidad y hasta subjetividad en su calificación, que no podría dejarse al arbitrio, *motu proprio* , de uno de los contratantes, el rompimiento del contrato con un simple aviso, en tratándose del proveedor el que pretenda darlo por terminado”⁽¹⁷⁾.

Admitida la posibilidad de terminación unilateral del contrato de suministro por incumplimiento, todo persuade de que cuando se esgrime esa atribución como proveniente de cláusula contractual que autoriza prescindir del pronunciamiento judicial previo, es menester que dicha cláusula sea nítida y terminante, cuanto lo primero, en la puntualización de las obligaciones cuyo incumplimiento tiene esa relevancia, y seguidamente, que el acreedor haga la prevención del caso, pero otorgando al deudor moroso un término congruo, prudencial, esto es, razonable, para

la subsanación de su falla. De otra manera se estaría autorizando al acreedor para que con un requerimiento simple o relativo a un término exiguo, termine el contrato al calor de su explosión emocional o de su disgusto, sin miramiento por los principios de salvación del contrato (favor *contractus*) y de lealtad y corrección debidas por cada contratante al otro.

VI. El 17 de octubre de 2003, las asociadas, increpándole a Terpel no estar cumpliendo el contrato, porque “el contrato contempla la obligación de Terpel de comprar los volúmenes de crudo que las asociadas se comprometen a venderle diariamente de acuerdo con el pronóstico de venta diaria y los volúmenes que está comprando diariamente no corresponden a los volúmenes entregados por las asociadas para la venta diaria”, le pusieron de presente que ello las “ha obligado a bajar la producción del campo ocasionando [sic] grandes perjuicios en la operación del campo y en las proyecciones económicas”, y la convocaron a reunión del comité ejecutivo para el día 22, a fin de ver de remediar esas fallas.

En el acta de la reunión del comité ejecutivo del día 22 del mismo mes, no hay mención alguna de que se hubiera tratado ese tema; el 24 el representante legal de Tethys le dice a Terpel que “de acuerdo con los términos del contrato, en la cláusula quinta, literal [sic] d) notificó el volumen de ventas de crudo que Terpel deberá comprar en el mes de diciembre de 2003 y los estimados de los meses de enero y febrero de 2004, el cual [sic] será de 4.500 barriles. El 20 de diciembre se actualizará el volumen de venta de crudo para el mes de enero de 2004 y los estimados de los meses de febrero y marzo de 2004. ...”; y ese mismo día el gerente de comercialización de Tethys se dirigió a Terpel para “remitirle el volumen de ventas presupuestado para el mes de noviembre de 2003: volumen estimado de ventas en barriles por día 4.300. Adicional les envió el volumen de ventas proyectado para los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004, los cuales deben considerar en las ventas futuras: volumen estimado de ventas en barriles por día, dic-03: 4.800. Ene-04: 4.800”.

Cabe observar, a más de la contradicción inexplicable entre las declaraciones simultáneas de la gerencia general y de la “gerencia de comercialización & Downstream” de las asociadas, el desentendimiento mayúsculo de aquella de las estipulaciones inequívocas del contrato y su ignorancia del hecho de que solo en ese momento, por primera vez, las asociadas le decían a Terpel la cantidad que “decidían” venderle en el mes siguiente, con arreglo a la cláusula segunda del contrato, por lo cual, mal podían increparle incumplimiento.

En fin, el 27 de octubre, la gerente de la unidad mayorista de Terpel le escribe al gerente general de Tethys, con referencia a la carta de este del 17, protestando su “compromiso de cumplir las obligaciones que hemos adquiridos con ustedes”, haciéndole presentes “problemas en la producción” cuando Terpel comenzó la comercialización de crudo, y aclarándole: “en relación con el mes de julio, de acuerdo con los informes de cargues del 10 (día que inició [sic] la operación conjunta al 15 (día en que Tethys sufrió el problema de producción, el cargue promedio día fue de 1.500 barriles)”. Trae en seguida cuadro comparativo entre lo proyectado, lo real y el cumplimiento en materia de “volumen de compra de Terpel”, relativo a los meses de agosto y septiembre, para concluir: “Como puede apreciarse, el cumplimiento es superior al proyectado en este período”, y puntualiza: “Es importante recordar que el compromiso de compra de Terpel está sujeto al mercado establecido y medido con base en las ventas deba realizarse tomando en consideración la situación real del mercado. Con este dato estimado, debería proyectarse, hacia el futuro, un almacenamiento que pueda suplir la eventual producción por encima del volumen real del mercado, acorde con los crecimientos que proyecta Terpel. / Por último, cabe recordar que en el momento en que Tethys lo considere necesario, y dado que sus pronósticos de producción son superiores a las [] de crecimiento planteadas [] por Terpel, está en libertad para nombrar otro comercializador, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de venta de crudo”.

VII. Las asociadas, es oportuno resaltarlo, no obraron con la lealtad y corrección debidas. En efecto, luego de haber permanecido indiferentes ante el retardo de Terpel en constituir las pólizas y de acusarla infundadamente de incumplimiento de su obligación de compra de crudo, que solo se vino a dar entre octubre y diciembre, en enero enarbolaron estos déficit y aquella falta, para formular el ultimátum y terminar el contrato, sin haber procurado razonablemente un entendimiento con Terpel.

La cláusula 18^a, en sentir del tribunal, es una cláusula resolutoria expresa, pero que no daba para una terminación unilateral sin intervención judicial, y aun si pudiera interpretársela con ese alcance, su empleo por parte de las

asociadas no habría estado presidido por la lealtad y corrección encarecidas para el desenvolvimiento de todo contrato y más para uno de colaboración asociativa, como es el de suministro, a cuyo propósito es inequívoca la voluntad del legislador de evitar una terminación intempestiva, por no decir, abusiva, como se sigue de la norma del artículo 973 del Código de Comercio.

6. Injusticia de la terminación unilateral del contrato por parte de las asociadas.

El tribunal pone de presente que los incumplimientos que las asociadas le enrostraron a Terpel en su carta preaviso de 7 de enero de 2004, reiterados en la de 21 de los mismos mes y año, fueron estos dos: “Las pólizas que Terpel se obligó a constituir a nuestro favor (cláusula quince del contrato), a la fecha no existen y ha sido imposible obtenerlas pese a nuestro reiterado requerimientos [sic]; y Terpel no ha comprado los volúmenes de crudo que las asociadas pusieron [sic] a su disposición, violando así lo establecido en la cláusula segunda del contrato”.

I. Incumplimiento de la obligación de comprar determinadas cantidades mensuales de crudo.

a) En cuanto hace al incumplimiento de la obligación de Terpel de comprar determinadas cantidades mínimas de barriles-mes de crudo, ha de comenzarse por la puntualización de las estipulaciones del contrato:

“Cláusula segunda. Objeto. Por medio del presente contrato, Las asociadas se comprometen con Terpel a venderle hasta 10.000 BBL/D (Diez mil barriles de crudo por día en promedio mensual) del Campo Rubiales durante el término de vigencia que, de acuerdo con los contratos suscritos con Ecopetrol, sea de propiedad de Las asociadas. Para tal efecto, las asociadas comunicarán mensualmente a Terpel el volumen de crudo que están en disposición de venderle en el respectivo mes, dentro del plazo indicado en la cláusula quinta”.

“Por otra parte, Terpel se compromete a comprar los volúmenes de crudo que mensualmente decidan vender Las asociadas, hasta el límite previsto en el inciso anterior. Para el cumplimiento de esta obligación. Terpel se compromete a recoger cumplida y oportunamente el crudo vendido por Las asociadas y a pagar por dicha venta los valores convenidos de acuerdo con el presente contrato”.

“La producción que se encuentre por encima de 10.000 BB/D (Diez mil barriles de crudo por día) podrá ser vendida a Terpel con sujeción a los términos del presente contrato si así lo acuerda el comité ejecutivo”.

“PAR.—Si por alguna circunstancia de índole comercial o de mercado Terpel no pudiere comprar el volumen de crudo señalado por las asociadas, el comité ejecutivo podrá aprobar la venta por debajo de dicho volumen sin que esto configure incumplimiento por parte de Terpel”.

“Cláusula cuarta. Comité ejecutivo. La correcta ejecución de este contrato será supervisada y coordinada por un comité ejecutivo conformado por dos (2) representantes de las asociadas y dos (2) representantes de Terpel, el cual se reunirá quincenalmente. Dentro de las funciones se encuentran:

- a) Coordinación de la estrategia de producción de las asociadas con la estrategia de comercialización de Terpel.
- e) Acordar la compra-venta de crudo por encima de 10.000 barriles de crudo por día.
- f) Aprobar la compra-venta de crudo en volúmenes inferiores a los señalados mensualmente por las asociadas.

PAR. PRIMERO.—De todas las reuniones del comité ejecutivo se deberá levantar un acta, la cual deberá estar suscrita por cada uno de sus miembros.

PAR. SEGUNDO.—En el evento en que el comité ejecutivo no pueda tomar una decisión de las que le competen por existir un empate en la votación de sus miembros, y si dicha situación se prolonga por más de cuatro (4) días contados a partir de la primera votación, el asunto será dirimido por el representante legal de Tethys quien al tomar su decisión deberá tener en cuenta la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de Terpel...”.

Cláusula quinta. Obligaciones de las asociadas. Las asociadas estarán obligadas para con Terpel a:

- a) Venderle el crudo de su propiedad que se extraiga del campo Rubiales de acuerdo con los límites pactados en la

cláusula segunda y de acuerdo con sus pronósticos de producción mensual...

d) Durante la semana anterior al comienzo de cada mes, comunicar a Terpel el volumen de crudo que esta deberá comprar en el mes inmediatamente siguiente. El volumen fijado por las asociadas tendrá en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel durante el mes anterior...”.

Cláusula sexta. Obligaciones de Terpel. Terpel estará obligada para con las asociadas a:

a) Comprar el crudo Rubiales en los volúmenes que resulten de la cláusula segunda de este contrato. ...”.

b) Es claro, pues, que el compromiso del comprador o consumidor, esto es de Terpel, consistía en comprar, mes a mes, el volumen de crudo que las asociadas le comunicaran con una semana de anterioridad al comienzo del respectivo período, hasta la cantidad de 10.000 barriles por día, salvo que, por alguna circunstancia de índole comercial o de mercado, no pudiera comprar la cantidad indicada, caso en el cual el comité ejecutivo debería aprobar la compraventa en volúmenes inferiores. Para la determinación del volumen mensual de crudo que debía comprar Terpel, las asociadas debían tener en cuenta el mercado conquistado por esta durante el mes anterior. Estando integrado el comité ejecutivo en forma paritaria, en el evento de no poderse adoptar una decisión por mayoría, sería Tethys la que determinaría, en forma definitiva, la cantidad por comprar, teniendo en cuenta la equidad del negocio y sin perjudicar los intereses de Terpel.

c) En lo que hace a la ejecución del contrato, este es el cuadro comparativo entre lo que Terpel debió comprar y lo comprado efectivamente por ella:

En julio, a partir del día 21, antes de la firma del documento contractual, Terpel adquirió 27.835 barriles, o sea un promedio diario de 2.530 barriles.

Para agosto, mes en el que se suscribió el contrato el día 22, no hay constancia de que las asociadas hubiesen comunicado a Terpel el volumen de crudo por comprar, como tampoco de que Terpel se hubiera comprometido a adquirir alguna cantidad determinada. El caso es que compró 81.949 barriles, o sea un promedio diario de 2.643 barriles.

En cuanto a septiembre, tampoco hay constancia de que las asociadas, en desarrollo del contrato ya suscrito el mes anterior, hubieran comunicado a Terpel, durante la última semana del mes, la cantidad de crudo que estaban dispuestas a venderle ni de que Terpel hubiera manifestado disposición o compromiso de comprar determinado número de barriles. El hecho es que compró 80.516 barriles, o sea un promedio de 2684 barriles diarios.

Para octubre comienza a funcionar el mecanismo de determinación previsto en el contrato, con comunicación de las asociadas a Terpel de 24 de septiembre, diciéndole que para el mes siguiente tenían un presupuesto de 4.000 barriles diarios. Llama la atención esta cifra, pues implicaba un incremento del 49% con relación al mes anterior. Si Terpel venía conquistando mercado paulatinamente, con incrementos de julio a agosto del 4.4% y de agosto a septiembre de 1.5%, resultaría bastante exagerado pasar inopinadamente de 2.684 barriles a 4.000 barriles.

Terpel puso de presente (respuesta de Carlos Galeano a Jairo R. Niño) que en reunión previa habían hablado de 3.170 barriles día para octubre. Ante esa diferencia, de haberse cumplido los pasos indicados en el contrato, debió haber sido convocado el comité ejecutivo a solicitud de cualquiera de las partes. No se hizo. Las asociadas dicen que “decidieron aceptar esta cantidad (3.170 barriles diarios) con el fin de facilitarle las cosas a Terpel”. Si se tiene presente que las asociadas señalaron 4.000 barriles diarios como volumen debido comprar por Terpel, que esta no estuvo de acuerdo con esa fijación, que el comité no se reunió y tampoco intervino el representante de Tethys, pero que se insinuó por parte de Terpel la cantidad de 3.170 barriles diarios y que las asociadas declaran haber aceptado esa reducción, es lógico inferir que este volumen fue convenido por ambas partes por medio de conducta concluyente.

Así las cosas, se observa que Terpel solo compró 84.138 barriles, para un promedio diario de 2.714 barriles, cantidad inferior al monto de su obligación.

Pasando al mes de noviembre, se tiene que en reunión del comité ejecutivo llevada a cabo el 22 de octubre de

2003, las partes acordaron la cantidad de 3.570 barriles diarios para ese mes. Pese a lo cual, dos días después las asociadas comunicaron a Terpel que el volumen sería de 4.300 barriles diarios, o sea un total de 129.000 barriles mes, según lo relatan las demandas en el hecho 30. Con todo, las asociadas, dicen haber aceptado la cifra de 3.571 barriles diarios indicada por el señor Carlos Galeano (Terpel) en su mensaje del 24 de septiembre y confirmada (3.570 barriles) por el mismo funcionario al contestar la comunicación del 24 de octubre en la que se le notificaba que el volumen de venta para noviembre sería de 4.300 barriles diarios. No obstante, en promedio diario, el volumen adquirido por Terpel en ese mes fue de 2.953 barriles, lo que implicó un déficit con respecto al compromiso asumido.

Para el mes de diciembre y luego de haberse llegado a un acuerdo de principio que implicaba para Terpel la obligación de adquirir 3.970 barriles diarios (acta 2 y respuesta de Terpel a la carta que con fecha 24 de octubre de 2003 le dirigieran las asociadas), en la reunión del comité ejecutivo del 27 de noviembre (acta 4) se acordó que esa cantidad sería de 3.109 barriles diarios, o sea un total de 93.282 barriles por 31 días. El resultado final, sin embargo, tampoco fue el esperado, pues de acuerdo con el dictamen del perito contador, Terpel solo compró la cantidad de 64.958 barriles, cifra bastante menor que la obtenida en los meses inmediatamente anteriores.

Con relación a los contactos, manifestaciones y acuerdos de las partes sobre los volúmenes para estos dos meses, se presentaron en el desarrollo del proceso inconsistencias y anomalías en la actitud de Terpel, resaltadas por las asociadas en sus alegatos de conclusión y que el tribunal no puede pasar por alto sin pronunciarse sobre ellas: ambas partes aportaron como prueba el acta 03 de fecha 21 de noviembre de 2003 del comité ejecutivo creado por ellas en la cláusula cuarta del contrato de suministro. En el ejemplar presentado por Terpel, que no está firmado, se dice en la primera de las conclusiones que “El contrato es un contrato de compra-venta de crudo en el cual Tethys se compromete a vender y Terpel a comprar el crudo que previo acuerdo de las partes se notifique”... (subraya del tribunal). Pues bien, en el ejemplar aportado por Tethys y firmado, entre otros, por los representantes legales de las partes, no existe la frase “previo acuerdo de las partes”. Y, a raíz de una discrepancia acerca de los volúmenes de crudo que Terpel había ofrecido comprar a Tethys y que aparecen en el acta 2 de 22 de octubre de 2003 del comité ejecutivo, al parecer se produjo un correo electrónico de 27 de octubre de 2003 de Terpel (Sr. Carlos E. Galeano) a Tethys (Sr. Jairo Niño), cuyo texto fue traído al proceso por ambas partes, en el cual se controvierte el acuerdo sobre aquellas cantidades y se proponen otras, que Tethys tácitamente aceptó pero que, según las dos pericias, tampoco fueron adquiridas. El testigo Galeano, en una declaración evasiva, manifiesta no recordar si envió o no el correo, pero acepta que lo escribió y el hecho es que obra en el proceso aportado por Tethys; en tanto que la representante legal en su declaración de parte, no menos imprecisa y elusiva, da por sentado que el documento no es oficial. Ordenado por el tribunal el examen de los correos del señor Galeano y la señora Escobar por el perito economista para esclarecer aquellos hechos, ¡oh sorpresa!, resultó que al computador del alto funcionario de tan importante empresa, le cambiaron el disco duro, con pérdida total de la información, imposible de recuperar por ausencia de disquetes de respaldo, a tiempo que a la señora le fue robado el suyo frente a una panadería, con lo cual desapareció íntegra y definitivamente su contenido, pues no había copia en disquete.

Para el tribunal es del todo inexplicable e inaceptable la actitud de Terpel, innecesariamente desleal para con la contraparte y para con el juzgador.

En cuanto al mes de enero: el 24 de octubre (carta TPC-0075 dirigida por las asociadas a Terpel), las proveedoras manifestaron a Terpel que los estimados de ventas para los meses de enero y febrero de 2004 eran de 4.500 y 5.000 barriles diarios respectivamente. Esa estimación a todas luces prematura y por fuera de las pautas contractuales, no puede tomarse como un punto valedero de referencia para establecer si Terpel cumplió o no con una obligación determinada, de modo que para enero, reducido a veinte días por obra de la terminación unilateral del contrato el día 21, la situación es análoga a la que se presentó en septiembre: mal puede hablarse de un déficit cuando no hay minuyendo cierto del cual restar el sustraendo.

7. Incumplimientos de Terpel.

I. Concretado el análisis de la situación a las afirmaciones de las asociadas en sus cartas de 7 y 21 de enero de 2004, cabe concluir diciendo que están probados ambos incumplimientos por parte de Terpel: el de la obligación de contratar los seguros previstos en el contrato y el de entregar las respectivas pólizas a las asociadas, que debió

satisfacer a la fecha de la suscripción del documento contractual y no ejecutó nunca, y el de la obligación de comprar las cantidades mensuales de crudo que ciertamente se comprometió a comprar durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003. Las ‘excepciones’ o justificaciones de Terpel relativas a la primera, son del todo inaceptables, pues su falta obedeció, según la explicación dada por la representante de la sociedad al responder el interrogatorio de parte, a la política de la empresa de no otorgar contra-garantía real a las aseguradoras, razón que en manera alguna implica imposibilidad o *casus*, como pretendió presentarla Terpel. Y en cuanto a la segunda, la presencia de un déficit de compra durante los tres meses citados es cierta, y la explicación avanzada por ella al decir que compró lo que el ritmo del mercado permitía, no es seria ni legítima, pues su deber no era el de comprar la cantidad de crudo que a su juicio correspondiera al mercado, toda vez que el contrato no le otorgaba la facultad de determinar el volumen de compras, sino aquella resultante del trámite previsto en las cláusulas segunda y quinta, a más de que, ciertamente ella asumió esos sucesivos compromisos por determinadas cantidades, que no cumplió a plenitud.

Dentro de una sucesión de hechos confusos: Terpel en ningún momento explicó, y menos intentó justificar el defecto de compra, a tiempo que las asociadas tampoco se lo reprocharon. Las partes hicieron caso omiso de la metodología contractual para la determinación del objeto mensual del suministro, y las asociadas, que anticiparon sin fundamento reproches a Terpel por insuficiencia en la compra de crudo, no repararon en los incumplimientos de esta en cuanto a las pólizas, hasta las dos cartas de enero de 2004, el incumplimiento de Terpel, es evidente, al margen de su magnitud o insignificancia, aspecto sobre el cual en el proceso nada se intentó probar, pues no obra demostración alguna, y todo se redujo a la descalificación de Terpel con la terminación unilateral del contrato por parte de las asociadas y a la reafirmación de estas de la justicia y regularidad de su proceder. Ahora bien, independientemente de si las fallas del desempeño de Terpel daban para el ejercicio de la cláusula resolutoria y de si esta permitía la resolución unilateral sin pronunciamiento previo de juez, o sea del juzgamiento de la conducta de las asociadas, el tribunal ha de establecer, preventivamente, los efectos de aquellos incumplimientos de Terpel, anteriores a la declaración de terminación por parte de las asociadas y en los que estas tomaron pie para ella.

II. Para Terpel, porque en su decir no incumplió el contrato, porque su hipotético incumplimiento no habría sido grave, o no habría conculcado obligación principal, o no habría ocasionado perjuicios graves, o no habría determinado pérdida de la confianza de la contraparte en el cumplimiento futuro de su obligación de comprar crudo, y porque las asociadas no obraron conforme lo previene el artículo 973 del Código de Comercio, su terminación unilateral del contrato fue ilegal e injusta, lo que, de acuerdo con la previsión del párrafo primero de la cláusula 18ª le da derecho a cobrar la cláusula penal correspondiente.

III. La cláusula penal, surgida como estimación anticipada de perjuicios, con el correr del tiempo, a esa función agregó la de apremio para el cumplimiento. Clasificada en cláusula penal compensatoria y cláusula penal moratoria, aquella comprende los perjuicios reclamables, sin más por el no cumplimiento definitivo de la obligación, y esta los perjuicios cobrables por el mero retardo. O sea que allá, al acreedor se le abre la triple alternativa de exigir el cumplimiento específico, más perjuicios, o la cláusula penal, o el equivalente pecuniario de la prestación y perjuicios, sin posibilidad de acumulación de remedios; mientras que acá puede exigir la pena más la ejecución específica o la resolución-terminación. Presupuesto y requisito de la pretensión de pago de la pena es siempre la mora del deudor (C.C., arts. 1594 y 1600).

En los contratos de prestaciones correlativas o bilaterales, la reciprocidad de deberes, la exigencia de paridad, el equilibrio obligacional y la justicia contractual son paradigmas. De ahí la resolubilidad del contrato a solicitud de la parte cumplida, por incumplimiento de la parte incumplida (C.C., arts. 1546 y C. de Co., 870), como también el derecho de aquella de suspender la ejecución de las prestaciones a su cargo, cuando la contraparte no ha cumplido las suyas o no se allana a cumplirlas (C.C., art. 1609).

Se encuentra el tribunal ante una situación contradictoria: la parte que incumplió sus obligaciones contractuales reclama el pago de la pena prevenida para el caso de que su contraparte de por terminado el contrato sin justa causa.

IV. Para definir si los incumplimientos de Terpel podían dar o no lugar a la resolución o terminación del contrato de suministro suscrito el 22 de agosto de 2003, es necesario, primeramente, dilucidar tres puntos fundamentales: 1.

¿El incumplimiento parcial de una obligación esencial o principal, es suficiente por sí solo, independientemente de su significación en la economía del contrato y en la finalidad que este está llamado a cumplir, para que el juez decrete la resolución o la terminación de un contrato bilateral? 2. ¿El incumplimiento, total o parcial, de una obligación secundaria es suficiente para decretar la resolución? 3. ¿Cuál es la naturaleza y la importancia de los incumplimientos de Terpel? La respuesta a estos interrogantes está necesariamente relacionada con el papel que deba reconocérsele a la función práctico-social del contrato, al propósito de las partes y al principio de la buena fe en la ejecución del contrato.

En general, la jurisprudencia nacional ha considerado que el incumplimiento total o parcial de una obligación principal, así como el de cualquier obligación accesoria o secundaria que surja del contrato, da lugar al pronunciamiento de la resolución del contrato. Así, por ejemplo, la Sala de Negocios Generales, dijo, en sentencia de abril 29 de 1935: “Como se ve, la disposición transcrita (C.C., art. 1546) está concebida en términos generales; establece la condición resolutoria para el caso de que no se cumpla por uno de los contratantes lo pactado, pero no dice si para la efectividad de tal condición se requiere que la inejecución haya sido completa o si basta que haya sido parcial. El asunto, sin embargo, no me parece discutible en el derecho colombiano desde luego que el artículo 1932 del Código Civil deja comprender claramente que la acción resolutoria tiene cabida en caso de inejecución parcial de una obligación contractual como es la de pagar el precio en el contrato de compraventa”. Y más adelante agregó: “Respecto de otras obligaciones contractuales distintas de la de pagar el precio, no veo motivo para poner en duda que la falta de ejecución, aunque sea parcial, por parte de uno de los contratantes, dé también lugar a la acción resolutoria, si se atiende a que el artículo 1546 del Código Civil es general en sus términos y no hace distinción alguna”⁽¹⁸⁾. La Sala de Casación Civil de la Corte, por su parte, ha dicho que “el artículo 1546 del Código Civil no opera sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos”⁽¹⁹⁾. Y en sentencia de casación de 23 de mayo de 1976: “dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo. El primer requisito consiste en “no haberse cumplido la obligación” o “haberse cumplido imperfectamente o “haberse retardado el cumplimiento (arts. 1613 y 1614 del código). Incumplir una obligación es no pagarla culpablemente en la forma y tiempo debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago (inc. tercero del art. 1684 ibídem). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (art. 1615 ibídem)”⁽²⁰⁾.

Con todo y el carácter aparentemente definitivo de la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, es necesario precisar si el incumplimiento parcial de una obligación esencial ha de revestir cierta importancia, atendiendo a la economía del negocio, o si, por el contrario, cualquiera infracción de esa obligación, aun una mínima o de poca monta, o aquella que, no obstante ser de alguna entidad, no alcanza, por sí misma, a desquiciar el equilibrio entre las prestaciones recíprocas a cargo de las dos partes, en el sentido de que, a pesar del incumplimiento, la función o finalidad que ellas se propusieron al celebrar el contrato se obtiene, es suficiente para que se decrete la resolución del contrato bilateral. De otra parte, en tratándose del incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias, deberá precisarse si basta la simple comprobación de su no ejecución por el deudor, ya sea total o parcial, para que, de manera automática se desencadene la resolución o terminación del contrato o si, por el contrario, para que el incumplimiento tenga ese efecto, debe necesariamente repercutir en el equilibrio económico del contrato, al punto de desquiciar la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato.

Sobre el particular, la jurisprudencia chilena considera “que el juez debe pronunciar la resolución incluso si el incumplimiento del deudor es pequeño y relativo a una obligación secundaria”⁽²¹⁾. Esta posición ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina más moderna del país austral, aunque no todas las opiniones coinciden en cuanto al alcance mismo de las objeciones. Así, por ejemplo, López Santa María es partidario de no excluir de manera tajante la posibilidad de mantener el contrato, sea que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial o a una accesoria. “Creemos —dice— que el problema tiene que zanjarse de manera casuística y flexible, siendo posible que el tribunal niegue lugar alguna vez a la resolución, si el estándar de la buena fe así lo aconseja”⁽²²⁾. Por su parte, René Abeliuk, luego de señalar cómo en Francia y en Italia el juez puede descartar la resolución si en su opinión el incumplimiento, aún si este es imputable a culpa del deudor, no tiene la suficiente gravedad, asume una

posición intermedia, pues a su manera de ver, a la luz del texto del artículo 1489 del Código Civil Chileno, equivalente al 1546 del nuestro, si el incumplimiento está referido a una obligación principal, sin importar si es pequeño o grande, el juez tiene que decretar la resolución, no así cuando recae sobre una obligación secundaria. Dice, en efecto: “En consecuencia, si el deudor ha cumplido parcialmente o el incumplimiento incide en una obligación secundaria, es posible que no se dé lugar a la resolución, sino únicamente al cumplimiento si es posible, o a la indemnización de perjuicios./ En nuestra legislación se han planteado ambos problemas; y a falta de una disposición como la del francés [se refiere al art. 1184 del Code Civil], la opinión dominante es que el juez carece de facultades para calificar en el código chileno la resolución y debe otorgarla si se cumplen los requisitos de ella. Quienes así piensan se fundan, además, en la letra misma del artículo 1489, que no hace distinción alguna y habla en general de no cumplirse la obligación, y tanto deja ella de cumplirse si la falta de pago es parcial como si es total. Así se ha resuelto reiteradamente./ De ello fluyen dos consecuencias, una plenamente justificada y la otra ya no tanto y que no podemos compartir./ La primera, que si la obligación se ha cumplido en una parte y en el resto no, procede la resolución. Es el caso tan frecuente de las ventas a plazo, con pagos fraccionados, en que el deudor deja de cumplir alguna de ellas, habiendo pagado las demás. Tan procedente es la resolución que el artículo 1875 declara que si la compraventa se resuelve por no pago del precio, el comprador, a su vez, tiene derecho para que se le restituya la parte del mismo que hubiere pagado./ En cambio, no estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda dar lugar a la resolución. En primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en seguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc.”⁽²³⁾.

En Francia el decreto de la resolución judicial de los contratos bilaterales o sinalagmáticos se ha dejado, en general, al arbitrio del juez. La jurisprudencia, apoyándose indistintamente en la teoría de la causa expuesta por Henri Capitant y en la buena o mala fe que haya podido observarse en el comportamiento de las partes, exige para la prosperidad de la acción que el incumplimiento sea de cierta importancia.

Desde el punto de vista de la noción de causa, la resolución judicial del contrato se ha justificado diciendo que siendo aquella contrapartida de lo que cada cual espera obtener, desaparece por el incumplimiento de la otra parte. Ello explica la flexibilidad de los jueces franceses en esta materia. “De manera a la vez clásica y constante, —dicen Ghestin, Jamin y Billiau— la Corte de casación admite que corresponde a los tribunales averiguar, previa consulta de los términos del contrato y de la intención de las partes, cuál es la extensión y el alcance de la obligación asumida por aquella de entre ellas que haya incumplido totalmente, y, en caso de inejecución parcial, apreciar, de acuerdo con las circunstancias de hecho, si este incumplimiento ha tenido suficiente importancia como para que la resolución sea pronunciada de manera inmediata, o si ella no podría ser reparada suficientemente con la simple condena a pagar daños y perjuicios; este poder de apreciación es soberano. ... Parece, en definitiva, que la jurisprudencia se apoya sobre elementos objetivos y subjetivos para caracterizar el incumplimiento susceptible de provocar la resolución del contrato: son tenidos en cuenta, tanto el incumplimiento considerado en sí mismo, que varía según la naturaleza del contrato y de las obligaciones puestas a cargo del deudor, como la actitud de los contratantes que se trata también de sancionar, siendo esta apreciación suficiente como para permitir, ella sola, la justificación de la resolución de ciertos contratos”⁽²⁴⁾.

José Mélich-Orsini, en importante monografía sobre la resolución del contrato, se coloca en la misma línea de pensamiento: “el aludido principio de la indivisibilidad del pago entre acreedor y deudor, resulta a menudo derogado por la voluntad de las propias partes, quienes han podido pactar el fraccionamiento del pago, ya sea inicialmente mediante cláusula expresa en el propio contrato, o bien ulteriormente en una forma tácita al acceder el acreedor a recibir pagos parciales, casos en los cuales se planteará más netamente la cuestión de si la falta de cumplimiento de unas pocas o de una sola de las fracciones de la prestación dividida, puede ser estimada como suficiente a los fines de conceder la resolución. Una solución que se basara sobre el puro criterio de la mayor proporción de la parte incumplida sobre la cumplida, aunque por lo general es adecuada, puede resultar injusta”. Y en nota de pie de página, explicativa del pasaje citado, agrega: “Decimos que este criterio por lo general es aceptable, pues resulta evidente que si lo que falta por cumplir es una parte de escasa importancia (teniendo en cuenta el interés que llevó a la celebración del contrato), no debe admitirse la resolución, bastando normalmente al acreedor con la acción de cumplimiento (hasta con la adición de daños y perjuicios), para restablecer íntegramente

el inicial equilibrio”⁽²⁵⁾. Respecto de las obligaciones accesorias o secundarias, el connotado autor, valiéndose de los criterios suministrados por las doctrinas italiana y francesa para identificar cuándo se está frente a una obligación principal o esencial y cuándo frente a una accesorio (Mosco: “son obligaciones principales todas aquellas que sirven de manera necesaria para la consecución del resultado típico de un contrato determinado”; Picard y Prudhomme: una obligación es esencial “por el hecho de jugar la una respecto de la otra el papel de equivalente jurídico, de hacerse contrapeso, brevemente dicho, de servirse mutuamente de causa”), concluye que, a menos que de la obligación secundaria dependa la utilidad de la obligación principal, su incumplimiento no puede dar lugar a la resolución del contrato. “Como se ve, —dice— todas las explicaciones precedentes parecen hacer depender la resolución del contrato de un principio unitario, de naturaleza objetiva, que se traduce, en última instancia, en la frustración del equivalente buscado al contratar por parte de quien promueve la resolución”⁽²⁶⁾.

Esta orientación en cuanto al alcance de la figura de la condición resolutoria tácita o resolución judicial por incumplimiento es de carácter universal. Así, para solo citar algunos ejemplos relevantes, el artículo 1455 del Código Civil italiano dispone que “no podrá resolverse el contrato si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra”. En España, el artículo 1124 del Código Civil, que regula la resolución judicial del contrato en forma análoga a como lo hace el artículo 1184 del Code Napoléon, ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que incumplimientos de poca significación referidos a las obligaciones esenciales que surgen del contrato no autorizan la resolución judicial del mismo, como tampoco el incumplimiento de obligaciones secundarias o accesorias. En este sentido, “una reiterada jurisprudencia —afirma José Antonio Álvarez Caperochipi— concluye que no se otorga la acción resolutoria para paliar las consecuencias de incumplimientos parciales, cumplimiento defectuosos o tardíos, o de incumplimientos puntuales de deberes accesorios o de conducta, sino solo para aquel incumplimiento que pueda ser calificado de esencial. / La determinación de cuándo un incumplimiento es esencial no responde a reglas generales fijas, puesto que la calificación del incumplimiento depende de la finalidad del contrato, las motivaciones de las partes y la culpa respectiva en la situación de incumplimiento”; y agrega: “El carácter esencial (objetivo, inequívoco, grave) del incumplimiento se hace depender en la jurisprudencia según los casos de dos circunstancias principales: en sentido objetivo de la frustración del fin del contrato, esto es la frustración del fin objetivamente significativo del contrato (SSTS 7.3.95, 19.6.95, 8.2.96, 21.1.99), o en sentido subjetivo la falta de utilidad de la prestación para el acreedor (SSTS 17.11.95, 16.5.96, 20.7.98), es decir la frustración de un fin particular atendible por su importancia, o por haber sido incorporado al contrato o al menos conocido por la otra parte”⁽²⁷⁾.

Particularmente interesante, por su claridad, precisión y plenitud, resulta el Código Europeo de contratos (Parte General), Proyecto de Pavía [Gandolfi], al regular el punto en su artículo 114: “1. Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del artículo 107, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto. 2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso, grave en el sentido del artículo 107, y el contrato se considerará resuelto desde el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión”. Artículo 107 que define el incumplimiento grave, indispensable para que haya resolución del contrato, así: “1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato. 2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando este: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto. 3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor”⁽²⁸⁾.

El artículo 1604 del Código Civil de Québec, expedido en 1994, dispone: “El acreedor, si no hace uso del derecho de forzar, en los casos que lo permiten, la ejecución *in natura* de la obligación contractual de su deudor, tiene derecho a la resolución del contrato, o a su resiliación si se trata de un contrato de ejecución sucesiva./ No obstante, no tiene derecho a ella (a la resolución), a pesar de cualquier estipulación en contrario, cuando el incumplimiento del deudor es de poca importancia, a menos que, tratándose de una obligación de ejecución sucesiva, tal incumplimiento tenga carácter repetitivo; pero tiene derecho, entonces, a la reducción proporcional de

su obligación correlativa”. Análogamente procede el Código Civil de los Países Bajos de 1992 en sus artículos 265 y 267.

“La resolución presupone, ante todo, un incumplimiento. Por incumplimiento se entiende infidelidad a los deberes impuestos por el contrato, independientemente de cualquiera consiguiente pérdida patrimonial ulterior por la contraparte. ... Sin embargo, el incumplimiento no es relevante si no es grave. ... Cuando nuestra jurisprudencia tiene que indicar cuál es la gravedad que da lugar a la resolución, recurre a una expresión que nos parece afortunada: hablando de un incumplimiento tal que hace pensar que la parte ofendida, de haberlo previsto, no habría estipulado”⁽²⁹⁾.

En la jurisprudencia colombiana, aunque no es abundante al respecto, se encuentran atisbos en la misma dirección. Ya en la sentencia de abril 29 de 1935, la Sala de Negocios Generales de la Corte, al hacer suyos los argumentos expuestos por uno de los abogados intervinientes en el proceso, dijo: “Por lo que hace a la jurisprudencia podrían citarse varias sentencias de la Corte y de los tribunales en que se ha dado cabida a la acción resolutoria en caso de inejecución parcial del contrato. Pero cabe preguntar aquí si, en el evento que venimos contemplando, de inejecución parcial, debe darse entrada a la acción resolutoria aun cuando la parte incumplida de la obligación parezca de poca entidad”. Y agrega: “la referida enseñanza de los expositores y la jurisprudencia francesa con respecto al alcance de la condición resolutoria tácita, halla también cabida en nuestro derecho, por los motivos siguientes: a) Porque el principio que establece la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, fue inspirado en el francés. Tal principio, que no existía en la legislación española (como tampoco en la romana), pasó al derecho francés, al chileno, y de este al colombiano. b) Porque tal principio, como se vio en algunas de las citas anteriormente aducidas, obedece a altos motivos de equidad y debe por lo tanto aplicarse conforme a los dictados de la equidad, que son de universal observancia. c) Porque el mismo Código Civil da muestra de ese criterio de equidad en el campo de la condición resolutoria, en caso de inejecución parcial del contrato. Así, en la venta de un predio por cabida, si el vendedor deja de entregar toda la cabida declarada, no por eso el comprador está autorizado para ejercer irrestrictamente la acción resolutoria sino que solamente puede intentarla cuando el precio de la cabida que falta pasa de cierto límite señalado por el artículo 1888, inciso segundo del Código Civil. (La Corte acertadamente ha calificado de acción resolutoria la que este artículo consagra aun cuando en él se la denomina desistimiento del contrato)”⁽³⁰⁾.

En 1984, la sala de casación civil, en sentencia de septiembre 11, acogiendo los conceptos expuestos por Mélich-Orsini, dijo: “En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida, en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra. ... De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso *sub judice*, para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso; la cuantía del incumplimiento parcial, la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que el consintió”⁽³¹⁾.

V. Descendiendo al caso concreto que ocupa al tribunal, resulta indudable, conforme a la relación que se hizo sobre el desarrollo del contrato, que Terpel incumplió, en varios de los períodos mensuales en que se dividía su ejecución, con la obligación de comprar los volúmenes de crudo que ha debido adquirir, y que los incumplimientos en que incurrió a este propósito, así pudiera argüirse que no desquiciaron totalmente la función y la finalidad que se habían propuesto las partes al celebrar el contrato, no pueden ser calificados como de mínima o escasa importancia para el interés de las asociadas, que, obviamente, buscaban, y por ello escogieron precisamente a Terpel, un comercializador especializado y experimentado de derivados del petróleo, cuyo desempeño llevara a incrementar la producción de su campo y vender la mayor cantidad de crudo posible, hasta un volumen de 10.000 barriles diarios, que ambas esperaban alcanzar muy pronto.

El material probatorio que obra en el proceso indica que el contrato suscrito el 22 de agosto de 2003 no era un suministro simple, en el que el proveedor se obliga a cumplir ciertas prestaciones periódicas en favor de un

comprador o consumidor que necesita para sí, es decir para su propio consumo, el producto objeto del suministro, en las cantidades fijadas en el contrato o, en su defecto, conforme a los criterios señalados por el artículo 969 del Código de Comercio. En otras palabras, Terpel no compraba el crudo para suplir sus propias necesidades, sino para atender un mercado de combustibles para industria. Se trataba, y esa fue la finalidad del contrato, de conquistar paulatinamente un mercado y de hacerlo crecer, llegado el caso, razón por la cual, en el contrato se pactó que el volumen mensual de compra sería el que indicaran las asociadas, quienes para hacerlo, tenían que tener en cuenta el mercado conquistado en el mes anterior y la equidad del negocio.

Lo que a Terpel se le increpa aquí no es no haber alcanzado en los meses finales de 2003 los volúmenes proyectados, sino no haber comprado entonces las cantidades que se comprometió singularmente a comprar. Falla cuya trascendencia se hace más protuberante al observar que es una empresa de grandes proporciones, buena reputación y amplio cubrimiento del mercado; en una palabra, es profesional, que al adelantar negociaciones con las asociadas les mostró sus cálculos, por demás coincidentes con los de ellas en cuanto a la amplitud del mercado y a las posibilidades de crecimiento grande y rápido de las ventas. Si esas cuentas le fallaron, su yerro no la eximiría de responsabilidad, y primariamente, de dar explicación seria y pundonorosa de su déficit en las compras de crudo. El que las asociadas hubieran equivocado la vía y el trámite para la resolución del contrato e impedido que Terpel hubiera podido enmendar su conducta, no purga el incumplimiento precedente y, en últimas no la legitima para cobrar la multa, que, a todas luces, jurídica y éticamente, presupone e implica inocencia en el respectivo acreedor.

A este propósito, por vía de analogía, resultan significativas la siguientes expresiones de la Corte Suprema de Justicia, en la casación civil de abril 6 de 1976: “La acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha allanado a cumplir con sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento, aunque este obedezca a la impuntualidad del otro contratante (subraya la Corte), caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas provistas del amparo de aquella acción mientras subsiste esa mora recíproca”⁽³²⁾, y en sentencia de diciembre 17 de 1982: “En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso”⁽³³⁾.

Incumplimiento de la obligación de constituir las pólizas de seguro

Como es usual en esta clase de contratos, en la cláusula décima quinta se pactó que Terpel se obligaba a presentar, a la fecha de suscripción del contrato, varias pólizas de seguro, que deberían estar vigentes durante el término de duración del contrato y sesenta días más, salvo la de salarios y prestaciones sociales, cuya vigencia se extendería por la duración del contrato y tres años más contados a partir de su terminación, para cubrir, respectivamente, los siguientes riesgos: responsabilidad civil general por un valor de US\$ 500.000; salarios y prestaciones sociales, por un valor equivalente al de la nómina mensual dedicada al cumplimiento del contrato de suministro; y cumplimiento del contrato por un valor de US\$ 3.000.000.

Está fuera de discusión que, no obstante haberse comprometido Terpel a entregar a las asociadas, pólizas de seguro para la firma del contrato, en ningún momento las presentó. Peor aún, Terpel no fue clara en sus manifestaciones al respecto; así, al aceptar la cesión de los derechos económicos derivados del contrato de suministro por parte de las asociadas a la sociedad Fiduciaria Popular S.A., en carta a propósito, alude a los seguros, dando a entender que estaban ya constituidos o, por lo menos, sin hacer las precisiones o salvedades que las cargas contractuales le imponían. Y con oportunidad del proceso, tanto en las piezas iniciales, como al absolver el interrogatorio de parte y, por último, en el alegato, Terpel a más de alegar un caso de fuerza mayor, consistente en que sus aseguradoras no habían podido colocar el reaseguro, declaró que para este se le exigían contra garantías reales, que la compañía, dentro de su política no estaba en disposición de otorgar, con lo cual, fuera de desvirtuar su aserto de imposibilidad, puso de relieve un capricho suyo, o, en todo caso, que la falta de los seguros, en fin de cuentas,

había obedecido a una decisión suya, que ciertamente no puede invocar como excusa de la no ejecución de su obligación contractual.

En últimas, Terpel alega que “no aparece ni está demostrado que la omisión de las pólizas le ‘haya ocasionado perjuicios graves’ a las asociadas ni se ve como esa abstención pudo menoscabar la confianza de estas en la exactitud del pago de los precios convenidos como contraprestación por el crudo suministrado”.

Con todo, el caso es que resulta innecesario entrar a dilucidar si la obligación de constituir las pólizas es principal o esencial o si la falta absoluta de Terpel a ese propósito puede considerarse grave, o si en fin, le causó serios perjuicios a las asociadas, para juzgar la relevancia del incumplimiento sobre la resolubilidad del contrato y, primordialmente sobre la exigibilidad de la multa a favor de la demandante principal, por lo mismo que su incumplimiento de la obligación de comprar las cantidades que se comprometió específicamente a comprar, anterior al yerro de las asociadas, la cohíben jurídica y moralmente.

La pretensión cuarta de la demanda de Terpel.

I. En su demanda de 4 de mayo de 2004 Terpel pidió condenar a las asociadas a pagarle \$ 2.092.229.125.82, por los siguientes conceptos:

- a) \$ 1.598.676.692.32, por reembolso del precio diferencial por los despachos del crudo que se hicieron hasta el mes de diciembre de 2003.
- b) \$ 3.061.169.33, por descuentos en razón de mayores volúmenes de humedad en el crudo suministrado.
- c) \$ 201.907.936.47, por crudo vendido en Cartagena.
- d) \$ 288.583.327.70, por concepto de impuesto de IVA.

II. Las asociadas, al contestar la demanda, dijeron oponerse “a la declaración tal como está planteada. En su oportunidad ... se dejó establecido que el procedimiento para reconocer un precio reconocido por los despachos de crudo Rubiales debía cumplirse dentro de la ejecución del contrato mediante un sistema de compensaciones con las facturaciones futuras, [y que] las sumas liquidadas en los literales [sic] *b*, *c* y *d* corresponden a liquidaciones efectuadas de manera unilateral”.

III. Con fecha 17 de marzo de 2004, Terpel había dirigido carta al gerente de Tethys en estos términos:

“Anexo encontrará una comunicación en la cual se solicita la cancelación de la deuda que por concepto de mayor valor cobrado en las ventas de crudo de Rubiales realizadas por Tethys Petroleum Co. a Terpel desde el mes de julio de 2003 hasta enero de 2004, con sus correspondientes anexos, tanto copia de facturas como relación de entregas por ciudad y a clientes especiales. / De igual forma, solicitamos la cancelación de los reclamos por calidad y humedad que fueron presentados a ustedes desde octubre y los cuales fueron aceptados por ustedes de acuerdo con las actas elaboradas en las reuniones que se sostuvieron al respecto. / Finalmente solicitamos la cancelación de las entregas que fueron facturadas a Terpel, pagadas por Terpel y según sus indicaciones entregadas a sus clientes en Cartagena, lo cual se pudo verificar con los reportes de entregas de los transportadores (Coltanques y Adispetrol). / Debo aclarar que en repetidas oportunidades hemos intentado radicar estas cuentas, pero el personal de Tethys se rehúsa a recibir las cuentas, ni contabilidad, ni la parte administrativa, pese a que existen comunicaciones previas en las cuales ustedes solicitan el envío de estas cuentas”.

El abogado de las asociadas le escribió carta al abogado de Terpel, fechada el 16 de abril de 2004, a este respecto, diciéndole que, según explicación del funcionario competente de ellas, “para que existiera un reconocimiento de valores a favor de Terpel, por costos asumidos en ventas realizadas en ciudades distintas a Bogotá, básicamente se requería el envío de las facturas correspondientes a las mencionadas ventas. ... [que] en respaldo de dicha afirmación me remite el formato del acta 1 del comité de Grandes Cuentas ... y me informa que nunca se cumplió con esa obligación [!] y en consecuencia las asociadas no tienen ningún soporte para hacer reconocimiento a favor de Terpel y que de todas maneras tal reconocimiento debió hacerse compensando las cifras con la facturación subsiguiente y nunca por medio de un pago efectivo [y agrega]: El mismo procedimiento se debía seguir en los

casos demostrados de determinado porcentaje de agua encontrada en el crudo producido por las asociadas”.

IV. Demandante y demandadas se expresaron así a propósito de los cuatro temas en los hechos de la demanda y las correspondientes respuestas:

“13. El precio del crudo sería fijado por las asociadas teniendo en cuenta no solo el valor oficial señalado por Ecopetrol para el *fuel oil* sino también el margen de comercialización los impuestos y los fletes, de tal suerte que habida cuenta de todos estos factores el precio de venta siguiera siendo inferior al que presentara el *fuel oil* en el mercado [cláusula 11ª]”.

“13. Lo que se acordó en la cláusula 11 del contrato fue lo siguiente: ‘...’”.

“14. La calidad del crudo suministrado por las convocadas debería tener las características indicadas en el anexo dos (2) y en caso contrario se haría el descuento correspondiente”.

“14. Es cierto. Con las características del petróleo crudo que se debía suministrar es cierto que se debe tener en cuenta lo establecido en el anexo 2”.

“15. Terpel canceló a las demandadas el valor de un crudo que fue entregado en la ciudad de Cartagena a otros clientes de las convocadas”.

“15. No me consta”.

“16. En razón de los precios diferenciales resultantes de aplicar la cláusula 11ª y que se menciona en el numeral 13 de estos hechos, del reembolso por el descuento por la calidad del crudo a que se refiere el numeral 14 y del valor del crudo que la convocante pagó y al que se refiere el numeral 15, Terpel canceló un IVA a la DIAN que le debe ser reintegrado”.

“16. No me consta. No contamos con los elementos ni documentos de la contabilidad de Terpel para saber si los pagos a la DIAN fueron hechos o no”.

“17. En consecuencia, las convocadas deben a Terpel la suma de \$ 2.092.229.125.82”.

“17. No es un hecho. Es una afirmación de Terpel a la cual nos hemos opuesto en la contestación de esta demanda”.

“18. Las convocadas se han negado a pagar las sumas de dinero mencionadas”.

“18. No es cierto. Las asociadas están dispuestas a reconocer las cifras que efectivamente correspondan a Terpel y que se demuestren con los soportes respectivos”.

V. El representante legal de las asociadas [Tethys] al responder al interrogatorio de parte el 4 de noviembre de 2004, dijo a propósito de la deuda “por reembolso del precio diferencial por los despachos de crudo hechos hasta diciembre de 2003”: “Existen unas cuentas que fueron pasadas después del mes de enero ... que debieron haberse hecho a lo largo del término de las ventas o cuando se abrieron los períodos de venta y que obviamente serán supongo yo materia de las liquidaciones finales de este proceso”; acerca de si se debían sumas por concepto de “descuento en razón de la humedad y la calidad del crudo suministrado”: “No, lo que yo conozco no”; y en cuanto a deuda de las asociadas para con Terpel por crudo pagado por esta y entregado a clientes de aquellas en Cartagena, hubo de concedérsele plazo para consulta y posterior respuesta, que dio en estos términos, el 14 de noviembre de 2004): “La respuesta es sí, existe una relación de facturas de crudo enviado por Terpel a Cartagena. Quiero aclarar que esas facturas fueron entregadas en marzo por Terpel junto con las facturas que en la respuesta anterior se habían dado también de los ajustes por diferencias y por agua y por diferentes ciudades, en el mismo grupo de facturas hay unas facturas de Cartagena”.

VI. Dispone la cláusula décima primera del contrato: “Valor del crudo. El valor del crudo vendido por las asociadas a Terpel será establecido por las asociadas el primer día hábil siguiente a la fijación del precio por parte de Ecopetrol, teniendo en cuenta para su cálculo el precio oficial emitido por Ecopetrol para el mes respectivo. /

Las asociadas se comprometen a fijar un precio favorable del crudo Rubiales sobre el precio establecido por Ecopetrol para el *fuel oil*. El precio de venta a Terpel deberá tener en cuenta el margen de comercialización, impuesto y fletes, de tal manera que considerados estos valores el precio del crudo siga siendo inferior a los precios en el mercado”.

VII. Ante lo cual se pregunta el tribunal, ¿no teniendo esas cuentas menores nada que ver con la materia del pleito —como lo puso de presente el abogado de Terpel al abogado de Thetys en marzo de 2004—, tratándose de los ajustes normales de cuentas, cuál la razón para denegar primero y retardar luego esa liquidación y el consiguiente pago, uniéndolas al resultado de este pleito?

VIII. El perito contador, a la pregunta aparte I del cuestionario, numeral 2º: “Determinará la suma de dinero que las sociedades ... (las asociadas) deben reembolsarle a Terpel por concepto del precio diferencial por los despachos de crudo hasta el mes de diciembre de 2003”, respondió: “El valor que las sociedades Tethys y asociadas deben reembolsarle a la sociedad Terpel por concepto del precio diferencial por los despachos de crudo hasta el mes de diciembre de 2003 (no se incluye enero de 2004 porque la pregunta lo excluyó) antes de IVA, asciende a la suma de \$ 1.520.461.790, como se aprecia en el anexo 9 denominado “Resumen valor del precio diferencial originado en el contrato de compraventa de crudo de Rubiales de julio de 2003 a enero de 2004”.

A la 1, numeral 3º: “Determinará la suma de dinero que las sociedades [las asociadas] deben reembolsarle a la sociedad Terpel por concepto del descuento a que tiene derecho por la calidad y la humedad del crudo suministrado”, respondió: “Como se resume en el anexo 4 “Reclamos en razón a la humedad del crudo Rubiales”, la suma de dinero que las sociedades Tethys Petroleum Co. y asociadas deben reembolsarle a Terpel por concepto del reclamo a que tiene derecho por la calidad y humedad del crudo suministrado, asciende, antes de IVA, a la suma de \$ 3.061.169”.

Al aparte I del cuestionario, numeral 4º: “Reclamos en razón a la humedad del crudo Rubiales” la suma de dinero que las sociedades ... deben reembolsarle a Terpel por concepto del crudo que esta pagó, pero fue entregado en la ciudad de Cartagena a otros clientes de las convocadas”, respondió: “Como se resume en el anexo 10 “Valor del crudo pagado por Terpel entregado en Cartagena a clientes de Thetys y asociadas, la suma que las sociedades ... deben reembolsar a la sociedad Terpel por concepto del crudo que esta pagó, pero fue entregado en la ciudad de Cartagena a otros clientes de las convocadas, antes de IVA, asciende a la suma de \$ 201.907.936”.

Al aparte I del cuestionario, numeral 5º: “Establecerá el dinero que las sociedades ... deben cancelarle a la sociedad Terpel por concepto del IVA que esta pagó, pero que proporcionalmente se le debe reintegrar”, respondió: “En el anexo 11 “IVA que Terpel canceló pendiente por reintegrar por Tethys y asociadas”, aparece detalladamente el cálculo que he efectuado al respecto, el cual asciende a la suma de \$ 299.944.827. / La suma de \$ 299.944.827 se determinó de la siguiente manera: Por diferencial de precio a favor de Terpel durante la vigencia del contrato (anexo 9): ... IVA, 16%, \$ 267.149.770. Sobre reclamo por calidad del crudo (anexo 4), IVA, 16%, \$ 489.787. Sobre crudo entregado en la ciudad de Cartagena (anexo 10), IVA, 16%, \$ 32.305.270. Total \$ 299.944.827”.

Y en los respectivos anexos aparece la determinación discriminada de cada partida, hecha con base en los libros y soportes de contabilidad de Terpel y las facturas que, fechadas en marzo de 2004, pasó a las asociadas en el mes de abril. El dictamen es fundado y, puesto en consideración de las partes, no hubo solicitud de aclaración o complementación.

IX. En el contrato está la previsión del diferencial, de los descuentos en razón de calidad y humedad; en lo que respecta al crudo que, habiendo sido pagado por Terpel fue llevado a Cartagena y entregado a otros clientes de las asociadas, como está acreditado, y al IVA pagado por Terpel y correspondiente a las asociadas, por una parte, obran las facturas relacionadas y sumadas por el perito y por otra, el reconocimiento incuestionable de la obligación de pagar lo que resulte por tales conceptos, contenido en las manifestaciones, por demás ambiguas, de las asociadas, atrás transcritas, apenas matizado con las observaciones de que no se sabe cuánto fue lo que pagó Terpel por IVA.

Establecidas las respectivas fuentes de esas obligaciones, como también su cuantía, tribunal habrá de ordenar el pago de las sumas correspondientes, que coinciden en cuanto a los apartados b) y c), limitar la condena a lo

establecido en el dictamen en lo que respecta al punto a), y a la pretensión, en cuanto atañe al punto d) hasta concurrencia de lo pedido en la demanda.

Habiendo demandado Terpel condena al pago de intereses, el tribunal observa que estos no pueden ser otros que los moratorios, dado que no se pactó interés alguno remuneratorio, que presuponen la constitución del deudor en mora (C.C., arts. 1615 y 1617), por lo cual, no habiendo requerimiento a propósito por parte de Terpel, habrá de aplicarse lo prevenido en el actual artículo 90, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil: “La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes” (v. C.C., art. 1688).

Las demandas de reconversión de las asociadas

I. Once son las pretensiones de las dos demandas de reconversión propuestas por las asociadas, que se estudiarán seguidamente en el orden en que se formularon, con la sistematización que corresponde a su concatenación lógica y jurídica.

1.

1. Que se declare que entre Tethys [y las demás asociadas] y Terpel se suscribió un contrato de suministro que desde antes venían ejecutando las partes, contrato que fue incumplido por esta última sociedad.

2. Que se declare que Terpel incurrió en mora de cumplir dicho contrato porque habiéndose obligado a contratar y “presentar en la fecha de la suscripción el contrato y a mantener durante su vigencia pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia”, no contrató ni constituyó, ni presentó ni mantuvo las pólizas.

3. Que, así mismo, se declare que Terpel incurrió en mora de cumplir el contrato de suministro pues no compró mensualmente el petróleo crudo que, según el objeto del mismo, debía adquirir en las cantidades que las asociadas le comunicaron que estaban en disposición de venderle en el respectivo mes o las que el comité ejecutivo hubiera aprobado en cuantía inferior a la señalada por aquellas o las que hubiere indicado el representante de Tethys, de acuerdo con lo pactado en el contrato en las cláusulas, cuarta, quinta y sexta.

4. Que de la misma forma se declare que Terpel incurrió en mora por razón del incumplimiento a que se refieren los hechos 81 y siguientes de este escrito.

Consideraciones del tribunal

a) Al estudiar la primera súplica de la demanda principal se observó la coincidencia de las dos partes en solicitar la calificación del contrato como de suministro, su decisión de acoger esa pretensión, súplica cuya intrascendencia cabe poner de presente.

b) Respecto del incumplimiento de Terpel, igualmente el tribunal analizó la cuestión ampliamente a propósito de la segunda súplica de la demanda principal, y ahora retoma el tema, para reiterar que Terpel incumplió el contrato, a partir de la mora en la entrega de las pólizas.

c) En cuanto a la obligación de comprar crudo, el tribunal precisó entonces, con todo detalle, en qué consistió el incumplimiento de Terpel, que por cierto no ocurrió en la forma como lo plantean las asociadas, como quiera que su obligación no era, a secas, la de comprar la cantidad que estas le comunicaran estar en disposición de vender, por lo mismo que podía aducir, como lo hizo, “alguna circunstancia comercial o de mercado [por la cual] no pudiese comprar el volumen señalado” (parágrafo de la cláusula segunda), el comité debería reunirse para estudiar y decidir la solicitud de reducción, y en caso de empate, el representante de Tethys decir la última palabra. Del mismo modo, el tribunal resaltó el hecho de que en ninguna oportunidad se cumplió el procedimiento señalado en el contrato para la determinación de la cantidad del suministro, toda vez que ni para agosto, ni para septiembre, como tampoco para enero, las asociadas comunicaron oportunamente a Terpel, conforme al procedimiento indicado en el apartado d) de la cláusula quinta del contrato, el respectivo volumen, y que para los meses de

octubre, noviembre y diciembre, la determinación resultó del compromiso que asumió Terpel, aceptado por las asociadas o en convenio con ellas, de suerte que el incumplimiento en cuestión consistió en el déficit en las compras de resultante de restar de esas cantidades aquellas que compró, y no como está formulada la pretensión, y así se habrá de declarar.

d) A propósito de los “hechos 81 y siguientes”, se tiene:

El hecho 81 dice: “Entre las obligaciones de Terpel enumeradas en la cláusula sexta del contrato se encuentra la de ‘recoger cumplida y oportunamente el crudo en los lugares de recolección pactados en este contrato’. Y el hecho 82 agrega: ‘Terpel no cumplió esta obligación porque no recogió todo el crudo comprado y realizó lo que allí se llama recolección, en forma desorganizada y con violación de los deberes que le correspondían de acuerdo con la naturaleza del contrato y con las advertencias que se vieron en la necesidad de realizar las asociadas por medio de comunicaciones escritas y verbales que le dirigieron’. Los hechos restantes no tienen pertinencia.

No se ve cómo se haya podido configurar la mora respecto de la obligación indicada en el apartado c) de la cláusula sexta: “Recoger cumplida y oportunamente el crudo en los lugares de recolección pactados en este contrato”, en la forma genérica en que la demanda se refiere a no haber recogido el crudo comprado y a la recolección desorganizada. ¿En qué consistió esta?, ¿es que Terpel dejó de retirar algún petróleo comprado? y ante todo, porque, no habiéndose fijado término para el retiro del crudo, no hubo requerimiento judicial de parte de las demandantes (C.C., art. 1608, 1º y 2º).

La súplica cuarta es, pues, improcedente.

2.

5. Que como consecuencia de que Terpel incurrió en los incumplimientos a que se refieren los ordinales anteriores, o en uno de ellos, se decrete la terminación del contrato a que se refiere la pretensión primera.

5ª Subsidiaria de la 5ª principal. Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos en que incurrió Terpel, el contrato terminó por causa que le es imputable.

Consideraciones del tribunal

Con oportunidad del estudio de la demanda principal, el tribunal puso de presente que es un hecho incuestionable que el contrato terminó por declaración unilateral de las asociadas, contenida en su carta de 21 de enero de 2004, refrendada por su actuación posterior, y señaló la impertinencia de la petición 5ª de las demandas de reconvenición. En esa razón, habiendo terminado el contrato entonces, mal podría decretar ahora su terminación, improcedente e inútilmente. Las asociadas no le pidieron declarar la justicia de aquella decisión. Ni directamente, ni por vía de interpretación, de las súplicas 5ª y 5ª subsidiaria se podría inferir ese derrotero. Es más, su actitud posterior ha sido mostrar aquella declaración extintiva como un mero ‘impulso de los mecanismos previstos en el contrato’, en el ánimo de desconocerle su naturaleza de acto jurídico potestativo, unilateral y recepticio, y sus efectos irreversibles, conduce a entender las súplicas como pretensión de un pronunciamiento que ignore la terminación consumada.

El contrato terminó porque así lo declararon las asociadas, invocando la cláusula 18ª del contrato y alegando expresa y únicamente los dos incumplimientos allí “descritos”. No puede, el tribunal, entonces, decretar la terminación de lo que ya terminó; no cabe dicha reincidencia. El tribunal no puede deshacer lo que las asociadas hicieron. Mal podría volver sobre una situación creada por determinación particular definitiva, que por sí sola produjo íntegros sus efectos, para convertirla en decisión jurisdiccional, entre otras razones, porque ese pronunciamiento entraría en contradicción con una realidad innegable, e inmodificable, como no fuera a petición de la contraparte, que no lo impetró.

Se desestimarán las dos súplicas por improcedentes.

3.

6. Que se declare que Terpel, como consecuencia del incumplimiento en que incurrió, está en la obligación de

indemnizar todos los daños y perjuicios que ocasionó a las asociadas.

7. Que el daños emergente sufrido por las asociadas está constituido por las inversiones y gastos realizados por las asociadas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato objeto de este proceso.

Consideraciones del tribunal.

I. “La responsabilidad civil, entendida como obligación de reparar un daño, plantea la necesidad del traslado total o parcial de las consecuencias del quebranto padecido por la víctima a otra persona, en orden al retorno de aquella a su situación anterior. ... la responsabilidad emerge de un daño, o sea de una lesión a un interés jurídicamente protegido, que de este modo adquiere una determinada relevancia, en cuanto su desmedro otorga al titular la pretensión indemnizatoria. ... Cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”: (cas. 4 abril de 1968, CXXV, p. 62).

“No existiendo responsabilidad sin daño, este debe establecerse en el juicio como un dato real, deducido ordinariamente del acervo probatorio aducido por el reclamante”: (cas. 30 abril de 1968).

“Los dos capítulos básicos del daño patrimonial, contemplados y definidos por el artículo 1614 del Código Civil, daño emergente y lucro cesante, comprenden las varias posibilidades de efectos de un atentado contra los intereses económicos de la víctima ... El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían luego, con el mismo fundamento de hecho”: (cas. 3 mayo 1968).

En materia de responsabilidad contractual deben tenerse presente estos postulados: el incumplimiento del contrato, que puede darse por la simple mora, o por la inejecución, total o parcial, definitiva de la prestación, es de ordinario el punto de partida para el juzgamiento, pero no copa la consideración judicial, que se ha de extender a la determinación del daño en si y en su cuantía y, por supuesto, a la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y abarca el daño emergente y el lucro cesante o, interés negativo e interés positivo (C.C., art. 1613).

II. De ese modo, es elemental la condena al deudor incumplido al resarcimiento de daños y perjuicios. Solo que la prueba de la efectividad y magnitud de estos y de la realidad de su producción por aquella causa, es igualmente indispensable para que la sentencia sea estimatoria. De ahí que el pronunciamiento genérico sea improcedente, pues la condena únicamente adquiere relevancia con relación a los daños y perjuicios singulares que aparezcan causados por el incumplimiento y en la cuantía demostrada en autos.

El daño emergente.

I. Como se advirtió, según las voces de las demandas, consiste en “las inversiones y gastos realizados por ellas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato”. Pero para el interrogatorio a los peritos y el alegato de conclusión a ese elenco les sumaron “la cantidad de galones que no se vendieron como consecuencia de la pérdida de clientes durante la vigencia del contrato”, “el costo de recuperación de pozos cerrados”, “la disminución de la eficiencia” y “los gastos de la apertura de una oficina de comercialización”.

Para aquellas, según lo señalan en sus alegatos de conclusión, “B. El daño emergente. ante la perspectiva originada en la investigación encargada por las asociadas, de un mercado de 12.000 barriles en promedio a día, se decidió realizar la inversión que tuvo por fundamento esta expectativa que se habría de concretar en un comercializador que conociera suficientemente el mercado. ... Existe pues relación de causalidad entre la decisión de hacer las inversiones y la de encontrar el comercializador especializado. ... Terpel hizo las presentaciones. Parte de las inversiones se hizo cuando ya estaba en ejecución el contrato de Terpel. Si esta sociedad no hubiera incumplido las asociadas ya habrían recuperado parte de la inversión y tendrían la posibilidad de recuperar el resto si el contrato se siguiera ejecutando hasta su terminación. Las asociadas no podrán recuperar la inversión que han hecho y la

causa, única ya exclusiva de que estén en imposibilidad de recuperar esa inversión es el incumplimiento de Terpel. A partir de los incumplimientos de esta sociedad, las asociadas suspendieron el programa de ampliación de su capacidad instalada. ... La decisión de no realizar más inversiones se origina en la imposibilidad de vender el petróleo que se pudiera extraer por razón de ellas. Si esa imposibilidad hubiera sido conocida antes, la decisión de habría adoptado en ese momento. / De acuerdo con la peritación económica, en 2003 se invirtieron en total 60.762 millones, 20.559 de enero a junio y 40.203 de julio a diciembre. Las inversiones habrían de dar lugar a una utilidad que es la que corresponde, en la parte que se habría de vender a Terpel, al lucro cesante que aquí se está reclamando. La venta del petróleo habría de dar lugar, igualmente a la recuperación de las inversiones que no se podrán recuperar ... ”.

II. Incumbe a quien reclama indemnización probar la certeza y la magnitud del daño padecido, como también su origen, remitido al comportamiento del demandado. Aquí, donde se pretende que su demandada le cubra el valor de la inversión hecha por las contra-demandantes a raíz de sus pronósticos de crecimiento ingente de explotación, mercado y ventas, ella tenía esa doble carga, y no se encuentra demostración alguna, como tampoco esfuerzo, en esta dirección. Dijérase que lo único que se conoce es cuánto le costó incrementar la capacidad del campo. En lo que respecta al crudo no vendido, no se entiende qué pueda constituir un daño emergente: ¿Es que acaso se perdió (destrucción o pérdida de la posibilidad de utilizarlo)? Nada se dice al respecto y no es verosímil que ello hubiera ocurrido. Y si se tratara, sin más, de que no se comercializó, el quebranto no habría sido un daño emergente, sino un lucro cesante. Y en cuanto al cierre de los pozos, no hay indicio alguno de que se hubieran cerrado por incumplimiento de Terpel.

III. Bien se ha de concluir, del acervo probatorio, como también de las afirmaciones de las propias asociadas, que estas, ansiosas de expandir su actividad, contrataron el estudio Colman-López, de cuyos resultados infirieron que podrían incrementar grandemente su producción y su venta, y de ahí, hechas sus cuentas y cálculos de costo-beneficio, pasaron a invertir sumas considerables durante el año de 2003. Es sabido que por la naturaleza de las operaciones petrolíferas, entre ellas, la explotación, esos proyectos no se configuran precipitadamente, como tampoco están llamados a ser suspendidos o cancelados súbita o intempestivamente. O sea que la primera conclusión, evidente, es la de que la inversión de las asociadas en su campo en el año 2003, no obedeció al contrato celebrado con Terpel: la decisión de realizar ese programa, anterior al contrato con esta, hubo de basarse en el estudio referido, que naturalmente implicaba el complemento de la comercialización del crudo y no en el contrato, apenas parcialmente coincidente en el tiempo, mas no causa de la inversión: “Al analizar la información contenida en la presentación llevada a cabo el día 18 de junio de 2003 en la ciudad de Houston, se puede observar en varios de sus apartes, que para esta fecha ya se habían definido y proyectado las inversiones para todo el año 2003, tal como lo presentan los cronogramas de inversiones para la perforación de pozos, presupuestos para la construcción del CPF o Central Production Facility, inversiones en el mantenimiento de la vía Rubiales-Puerto Gaitán y presupuesto total para el año 2003, documentos que se presentan en el anexo III.1 del presente informe./ Adicionalmente, en la presentación mencionada del 18 de junio de 2003, se observa lo siguiente: El plan de perforación de 14 pozos comienza el 25 de marzo y termina el 1º de octubre del mismo año. Igualmente se informa sobre el estado de la construcción de líneas de flujo para los pozos. En otras tres láminas se presentan informes sobre los avances en la construcción de la CPF que involucra un presupuesto de \$ 5 m. de dólares. Igualmente se incluye una gráfica hasta el mes de mayo de 2003 correspondientes a las inversiones relacionadas en la vía y finalmente se detalla el presupuesto original de 2003 para la parte de desarrollo del campo cuya revisión en el mes de marzo incluye un monto de \$ 22.8 millones de dólares. De lo anterior se puede concluir que efectivamente en junio 18 del año 2003, existía un plan de desarrollo del campo Rubiales, antes de la celebración del contrato con Terpel, el cual, al compararse con las inversiones ejecutadas y contabilizadas en el año 2003, permite concluir que su ejecución se llevó a cabo en forma muy similar con los niveles de inversión observados en junio del año 2003 en lo referente a construcción de pozos, CPF y mantenimiento de la vía” (Respuestas adicionales del perito economista, p. 20).

Tanto del informe pericial, como de la propia declaración de parte del representante legal de Tethys, se concluye que la decisión de inversión se tomó en febrero de 2003 y que el programa estaba en curso en junio de 2003, antes de que se firmara el contrato con Terpel, lo cual no permite tampoco aceptar como lucro cesante la capacidad ociosa de plantas y equipos que generaron un incremento en la capacidad no utilizada del campo de 600 barriles diarios que no tienen conexión con los barriles de menos que Terpel dejó de comprar entre octubre y diciembre de

2003.

Cae, así, por su base la afirmación de que las asociadas hicieron inversiones y gastos para cumplir las obligaciones asumidas por ellas en el contrato.

IV. El aserto de que las asociadas no podrán recuperar su inversión y que ello se debe única y exclusivamente al incumplimiento de Terpel, carece de fundamentación. ¿Cuál el sustento para sostener que las asociadas no podrán recuperar su inversión? ¿En qué tiempo y proporción? Y, además, ¿de dónde, por la sola causa del incumplimiento de Terpel?

Los datos que arrojan los dictámenes periciales y sus reflexiones, muestran que el ‘comportamiento’ de las ventas de las asociadas a Terpel en el tiempo breve de ejecución del contrato fue ligeramente superior al del tiempo precedente y que en el año 2004 las ventas se mantuvieron en términos generales a ese mismo nivel. A tiempo que el mercado del gas industrial creció en proporción muy superior. O sea que ha de concluirse que se dio una falla de cálculo en el estudio o, sin más, que el comportamiento del mercado de combustibles industriales no se desarrolló como aquel lo predijo y las asociadas lo creyeron. Todo ello al margen de quién hiciera la comercialización, y sin que quepa atribuírselo a esta.

V. Terpel dejó de comprar 13.136 barriles en octubre, 18.510 en noviembre y 31.434 en diciembre, para un total de 63.080 de déficit. No se ve cómo ese defecto de adquisición o de mercadeo haya implicado o desencadenado la imposibilidad definitiva de recuperación de 60.762 millones de inversión. Y menos la relevancia y legitimidad de la acusación de haber dejado perder o perdido clientes y ventas en cantidad de 40.808.66 barriles, traída póstumamente y desconociendo el hecho de que lo que Terpel estuvo obligada a comprar fueron las cantidades que solamente se determinaron con relación a los meses de octubre, noviembre y diciembre, y no aquellas que se pronosticaron, y que si no hubo fijación para los meses de agosto, septiembre, y enero, fue porque no se siguió el procedimiento indicado en el contrato, laguna que no pueden invocar las demandantes en reconvención, que precisamente incurrieron en tal omisión.

VI. En el capítulo II del dictamen del perito economista se lee que para julio de 2003 se encontraban en producción trece pozos; que de agosto de 2003 a enero de 2004 las asociadas cerraron siete, en diferentes fechas; que para 8 de diciembre de 2004 todos ellos se encontraban produciendo, de ellos, recuperados, uno en agosto de 2003, dos en noviembre del mismo año y cuatro en febrero de 2004. Conceptuó el perito, sin que nadie hubiera objetado, discutido o puesto en duda la certeza de su parecer que “Con base en la información suministrada por el jefe de perforación y workovers, señor Camilo Valencia de la compañía Megapetroleum, los pozos fueron abiertos después de haberles efectuado un tratamiento orgánico (períodos que varían entre cuatro y diez días) para recuperar su productividad, dado que los pozos registraban una disminución importante en la producción. / De igual manera las fechas en que se realizaron los tratamientos orgánicos fueron validadas con sus respectivos documentos “Reporte diario Workover” y soportes contables. (pág. 15) ... El perito preguntó al gerente de perforación y workovers sobre si existe alguna relación entre el tiempo [en] que se presentan variaciones en la producción y la necesidad de emprender un tratamiento orgánico, obteniendo como respuesta que no existe un parámetro definido al respecto. Por lo anterior, aun cuando se incluyen en la respuesta los trabajos realizados en el mes de febrero de 2004, este perito expresa que no pudo establecer ninguna relación directa entre las fechas en que se realizaron los trabajos con el momento exacto en que ocurren las fluctuaciones en la producción tanto para los tratamientos orgánicos realizados entre agosto de 2003 y enero de 2004 como para los realizados en el mes de febrero de 2004 (pág. 16)”.

En otras palabras, es claro, en cuanto al momento del cierre y su tratamiento, que uno de los pozos fue cerrado en agosto de 2003, cuando aún no se había firmado el contrato, que dos lo fueron en septiembre y uno en octubre (1º), cuando todavía no se había presentado incumplimiento alguno de Terpel. Y que los tres restantes de ese año se dieron en noviembre. A ello se agrega que las asociadas, como también lo señala el dictamen (pág. 30), contaban con una capacidad de almacenamiento que nunca se copó, aumentada considerablemente en noviembre, que bien les permitía mantener la producción de todos los pozos, a la espera de mejores ventas. No aparece, en manera alguna, relación de causalidad entre el incumplimiento de Terpel y el cierre y la consiguiente rehabilitación de pozo alguno. En el caso de varios, sería absurdo pretender esa relación, comenzando por la diferencia cronológica

entre el momento del cierre y la oportunidad del déficit. Por lo demás, de todos es sabido que el cierre de pozos para su mantenimiento es una labor ordinaria y rutinaria en la extracción de petróleo, cuyas causas sobresalientes son la novedad del campo y las lluvias.

VII. De otra parte, téngase presente que fueron las asociadas las que, enarbolando la cláusula 18ª del contrato, lo declararon terminado, en una decisión potestativa y unilateral, cuyos riesgos asumieron por su cuenta.

Para el tribunal este rubro de la cuenta de daño emergente no está probado y se muestra aventurado.

VIII. También se incluye dentro del daño emergente el resultado de la ‘capacidad ociosa’ del campo, respecto de lo cual esta fue la respuesta del perito economista: “Para responder la pregunta en primer lugar se definió la capacidad ociosa como la menor eficiencia en la utilización de los equipos y facilidades [sic] del campo en un período determinado con respecto a otro. Con base en esta definición, se calculó la eficiencia (“relación entre la producción real y la capacidad total de producción instalada del campo Rubiales para dos períodos diferentes: el primero correspondiente a lo ocurrido entre los meses de enero y junio 2003 (previo a la iniciación del contrato) y un segundo período correspondiente a los meses de agosto de 2003 a enero de 2004./ Los dos resultados se compararon concluyendo que la eficiencia o capacidad utilizada del campo disminuyó de un 78% a un 71% entre los dos períodos mencionados./ Esta situación permite concluir que de haberse mantenido la eficiencia o capacidad utilizada en el período agosto 2003 a enero 2004 igual a la registrada en el período enero a julio de 2003, la capacidad instalada del campo hubiera sido inferior en seiscientos (600) barriles por día. ... Conclusión: Si se hubiera mantenido la eficiencia o capacidad utilizada en el 78% durante el período agosto 2003 a enero de 2004 registrada en el período enero a junio de 2003, la capacidad instalada hubiera sido de 5.633 barriles, es decir 600 barriles menos a la realmente ejecutada de 6.233 barriles” (Dictamen del perito economista, pág. 19 y pág. 4 adicional).

Es a todas luces evidente que no está demostrado que por este concepto el incumplimiento de Terpel le hubiera ocasionado daño a las asociadas. Y que si se tratara del impacto del déficit de compras, esto sería lucro cesante, cuestión que habrá de resolverse en el capítulo correspondiente.

IX. Por último, hace parte del daño emergente el costo de abrir una oficina comercial que de haberse ejecutado el contrato, no hubiese sido necesaria puesto que Tethys nunca había comercializado directamente el crudo.

Pericialmente se pudo establecer que, efectivamente las asociadas instalaron dicha oficina, cuál era el costo mensual de la oficina para la fecha del dictamen y cuál el resultado de la multiplicación de esa cifra por el número de meses de duración del contrato. Empero, como se ha resaltado y es un postulado fundamental jurídico y ético en materia de derecho de daños, se debe el daño causado, todo el daño causado, pero nada más que él. O sea que el mero incumplimiento no hace suponer perjuicio, pues este tan solo se presume en los casos excepcionales de ley (cláusula penal e intereses moratorios), como tampoco releva de la prueba del lazo de causalidad entre la inejecución y el daño.

De la prueba de que las asociadas hayan gastado determinada cantidad de dinero en comercialización, al haber sustituido a Terpel por su propia oficina, no se sigue que Terpel, sea deudora de esa suma y de lo que habrán de gastar por dicho concepto durante todo el tiempo señalado en el contrato para su duración.

¿Cuál podría ser el daño de las asociadas? Exclusivamente la diferencia entre lo que están gastando por concepto de comercialización, y aquello que les costaba la comercialización por conducto de Terpel, en el supuesto de que este costo fuera menor. En efecto, de suyo la comercialización de cualquier producto implica un costo para el productor, sea que lo pague a un intermediario (agente, empleado, comprador para reventa, en una palabra, distribuidor) a título de comisión, regalía, salario o descuento o menor precio), sea que lo gaste directamente en instalaciones, dotación, personal suyo, etc. Que no se venga a decir que a Terpel, en función del contrato de “venta de combustible” o de “distribución”, nada le pagaban las asociadas por concepto de comercialización o que esta no le costaba nada. Ciertamente en los precios y descuentos iba envuelto el costo de la comercialización. Lo pagaba Terpel, pero por cuenta de los precios de adquisición del combustible y los descuentos que le concedían las asociadas, como se infiere de la disposición del inciso segundo de la cláusula 11ª atrás transcrito, y al respecto es útil releer la respuesta del representante legal de las asociadas a pregunta que le formulara el tribunal en la segunda

sesión de la diligencia de interrogatorio de parte: “Es necesario tener en cuenta que Terpel tenía un margen de comercialización del 6% sobre los precios que nosotros le dábamos a Terpel, ese margen de comercialización tenía la libertad basado en su experiencia y en el negocio que estuviera planteado a cada uno de los clientes de hacer ofertas ... en varias oportunidades se le planteó a Terpel traigamos casos concretos con niveles de consumo concretos donde podamos establecer unos descuentos por mayores volúmenes ... [‘para noviembre hubo esa reducción de precios que llegó al 23%, que comenzó con un 5% y llegó a un 23%] Sí, a medida que se hizo y se planteó a Terpel traigamos negocios concretos a la mesa, hubo negocios concretos como los de noviembre, no recuerdo exactamente cuáles pudieron ser, pego hubo negocios concretos que basados en un alto volumen nos dieron a nosotros oportunidad para plantear unos precios diferenciales y Terpel a su vez también jugar con su margen que tenía de comercialización”. Se sabe cuanto le ha costado y le cuesta a las asociadas su comercialización personal del crudo, mas no se probó, ni se intentó hacerlo por la parte que soportaba esa carga, cuánto le costaba a las asociadas la comercialización según el contrato, para poder determinar si más o menos, y por ende si ha habido o no perjuicio y, en el primer caso, de qué magnitud y valor. En otras palabras, no se probó que hubiera habido perjuicio y menos de cuánto pudo haber sido.

X. No se compadece la generalidad y la imprecisión con que se propusieron las súplicas de condena a indemnización del daño emergente, con el rigor que exigía pretensión de la complejidad y la magnitud de la contenida en este ordinal, y tampoco es de buen recibo el haber dejado para el alegato de conclusión una lista adicional de factores de daño emergente que las demandas de reconvención callaron.

Pero, ante todo, no se estableció en el proceso que hubiera habido inversiones y gastos con el fin dar cumplimiento al contrato, y menos que esas erogaciones no sean recuperables o que su no recuperabilidad se deba al incumplimiento de Terpel. Tampoco se probaron los demás rubros de daño emergente y, en especial, que se hubieran debido al incumplimiento de Terpel.

La pretensión será desestimada.

4.

8. Que el lucro cesante está constituido por toda la ganancia que habrían obtenido las asociadas durante los cinco (5) años de duración del contrato, es decir, las ganancias que habrían obtenido hasta el 9 de agosto de 2008, si dicho contrato no hubiera terminado por causas imputables a Terpel.

Consideraciones del tribunal

I. “El daño, para que pueda ser reparado debe ser cierto” (Consejo de Estado, 19 octubre 1990), lo cual quiere decir que para el momento de la decisión se debe haber consolidado: disminución patrimonial por pérdida o desmedro de bienes o por incremento de deudas, ganancias que no se obtuvieron, o que, mirando al futuro, se den las mayores probabilidades de que posteriormente ocurrirán tales fenómenos, y uno de los ejemplos socorridos al efecto es el del provecho que estaba llamado a reportar el contrato que no se ejecutó. “La certeza dependerá entonces de las probabilidades futuras de ocurrencia del perjuicio, que se estudiarán en el presente con los elementos de juicio a disposición. Si se encuentra que es muy probable que el daño ocurra o se prolongue, se tendrá por cierto. De lo contrario, será eventual y conjetural” anota Juan Carlos Henao⁽³⁴⁾.

El Consejo de Estado, sección 3ª, en sentencia del 23 de febrero de 1990 citado por J. Suescún dijo: “cuando se trata de perjuicios materiales en general, para poder pronunciar una sentencia sobre ellos, es necesario que al momento de fallar, de las pruebas que obran en el proceso pueda deducirse su certeza, es decir, que efectivamente se causaron o, si se trata de daños futuros, que los ingresos u otros beneficios en que consistan, dejarán de percibirse como consecuencia necesaria de los hechos que dieron lugar a ellos. Por esto la jurisprudencia ha dicho que la indemnización debe negarse cuando el perjuicio de la víctima sea eventual ... el daño futuro es jurídicamente relevante en cuanto revista el carácter de certidumbre, por cuanto la simple posibilidad o eventualidad no bastan para que sea superado. Explica también esta providencia que “el daño futuro es cierto y, por lo mismo indemnizable, cuando necesariamente ha de realizarse”... y se estima que no es un daño cierto cuando se funda en meras suposiciones o conjeturas”⁽³⁵⁾.

II. El tribunal indicó ya que, en lo que hace a compras de crudo, el incumplimiento de Terpel se contrajo a los meses de octubre noviembre y diciembre de 2003, y consistió en que, para octubre aceptó comprar 3.170 barriles por día en 31, y solo adquirió 2.714, es decir, una cantidad diaria inferior en 456 barriles; para noviembre aceptó comprar 3.570 barriles día en 30 días y solo adquirió 2.953, cantidad inferior en 617 barriles por día para un déficit mensual de 18.510 barriles; y para diciembre, habiendo sido su obligación de compra de 3.109 barriles día en 31 días, apenas compró 2.095, cantidad inferior en 1.014 barriles por día para un total mensual de 31.434 barriles.

En resumen, el faltante fue: en octubre de 13.136 barriles; en noviembre de 18.510 barriles; y en diciembre, de 31.434 barriles, para un total de 63.080 barriles. Atrás quedó explicado que no hubo incumplimiento en agosto y septiembre de 2003, ni en enero de 2004, y ahora se agrega que las cifras de los alegados de las pretendientes en este ámbito son infundadas y están erradas.

Preguntado el perito economista por “la utilidad por barril de las asociadas por razón de la venta y comercialización del petróleo”, luego de examinar la contabilidad de ellas y de estudiar los procesos, presentó el cuadro que obra a la página 9 de su informe, en el que concluye que “la utilidad operacional en pesos por barril, antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones”, es de diez y ocho mil ciento nueve pesos (\$ 18.109), suma esta que el tribunal acoge por la seriedad y firmeza del estudio, no disputado, y porque es la que corresponde al resultado concreto de la operación, luego del cual vendrían las deducciones relativas a depreciación, amortización y, sobre todo, a impuestos.

Así las cosas, en el proceso aparece demostrado un lucro cesante o interés negativo, por este concepto de mil ciento cuarenta y dos millones trescientos quince mil setecientos pesos (\$ 1.142.315.700), a cuyo pago será condenada Terpel, sin que haya lugar a intereses, ante todo por no haber sido pedidos en las demandas de reconvención, pero, igualmente, porque, siendo la obligación incumplida la de comprar determinada cantidad de crudo (obligación de hacer calificada), su objeto no es dinerario. Su inejecución permitía a las acreedoras optar entre la ejecución específica y la resolución-terminación. Habiendo ellas escogido la segunda vía, con su declaración de 21 de enero de 2004, la cantidad de dinero indicada corresponde a perjuicios, que solo ahora se liquidan, de modo que no podría considerarse morosa a la contra-demandada por no haberlos resarcido aún.

III. Aplicando los criterios, por lo demás, básicos y elementales, a la súplica de condenar a Terpel a pagar el valor del petróleo que pudiera llegarse a extraer en el tiempo restante hasta la expiración del término de duración del contrato, ora por la vía de pérdida de clientes, ora con la figura de la capacidad ociosa, ora, en fin, proyectando el rendimiento efectivo del contrato en los meses de su ejecución, con las cuentas y cálculos que se hicieron las partes cuando negociaban los términos del contrato, o con las cifras que pudieran resultar de las pautas contractuales sentadas para la determinación de la cantidad mensual que Terpel debería comprar, se observa que ninguno de esos puntos de referencia permite llegar a algo distinto de una conjetura. Su volubilidad y endeblez es palmaria.

La terminación del contrato por la decisión unilateral potestativa de las asociadas del 21 de enero de 2004, no significó que ellas hubieran quedado impedidas para seguir explotando el campo y comercializando el crudo, como lo siguieron haciendo con rendimientos análogos a los obtenidos hasta entonces en función del contrato (cfr. segunda columna del cuadro de la pág. 9 del dictamen económico). En segundo lugar, ni los pronósticos del estudio López-Colman, ni las estipulaciones del contrato entre las partes garantizaban un determinado ritmo ascensional en las ventas, como tampoco que estas irían a llegar a tales o cuales cantidades y con determinadas velocidad y estabilidad a lo largo del contrato. En tercer término, el contrato no fijó un mínimo mensual de compras de crudo. La cantidad mensual se previno de por sí contingente. Circunstancia que impide cualquiera proyección lineal verosímil. En cuarto lugar, el que las asociadas pudieran o hubieran de indicar a fines de cada mes la cantidad a disposición de Terpel, que esta, en principio habría de adquirir durante el mes siguiente, no constituía un arbitrio suyo, como tampoco significaba que Terpel tuviera, sin más, que comprarla. En efecto, “el volumen fijado por las asociadas cada mes tendrá en cuenta el mercado ya conquistado por Terpel durante el mes anterior” (Cláusula 5ª, d); “si por alguna circunstancia de índole comercial o de mercado Terpel no pudiere comprar el volumen de crudo señalado por las asociadas, el comité ejecutivo podrá aprobar la venta por debajo de dicho volumen, sin que esto configure incumplimiento por parte de Terpel” (cláusula 2ª, párrafo); “En el evento en que el comité ejecutivo no pueda tomar una decisión de las que le competen por existir un empate en la

votación de sus miembros ... , el asunto será dirimido por el representante legal de Tethys quien al tomar su decisión deberá tener en cuenta la equidad del negocio para no perjudicar los intereses de Terpel” (cláusula 4ª, parágrafo segundo); en fin, que solo fuera por la imposibilidad de responder seriamente a la pregunta de ¿cuál es el grado de probabilidad de cuentas y proyecciones sobre el volumen de ventas de los varios combustibles para usos industriales y la distribución de él entre ellos en el mercado nacional?, uno entre los varios interrogantes que pesan sobre una respuesta a la pregunta de la utilidad que dejarán de percibir las asociadas, habría de concluirse que no es posible determinar ese lucro cesante, comenzando por su propia existencia, y de contera, en su magnitud. De suerte que lo que pretenden las reconvinentes, cuyas cuentas alcanza a \$ 80.078.000.000 de utilidad, es inaceptable lógica y éticamente.

5.

9. Que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1600 del Código Civil que preceptúa que pueden pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios en el contrato se pactó el cobro de los US\$ 3.000.000 cuyo pago debía estar garantizado con la póliza de cumplimiento “no implica indemnización total por daño emergente y lucro cesante y las asociadas podrán perseguir a Terpel para el pago de los remanentes ... Para obtener la indemnización completa de sus perjuicios”, Terpel está en la obligación de indemnizar todos los perjuicios sufridos por las asociadas por causa de daño emergente o de lucro cesante, en exceso de la cantidad de US\$ 3.000.000 estimados anticipadamente como perjuicio de las asociadas y como apremio para que Terpel cumpliera el contrato, de acuerdo con lo que se expresa en la pretensión siguiente.

10. Que, por lo tanto, Terpel debe pagar, en primer lugar, el valor de US\$ 3.000.000 que se deben hacer efectivos inmediatamente “en caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de Terpel” cuyo pago debía estar garantizado con “la póliza de cumplimiento contemplada en este contrato, sin perjuicio de que las asociadas persigan a Terpel por el remanente pendiente para la indemnización”, según el texto literal del parágrafo 2º de la cláusula 18ª del contrato en concordancia con la estipulación contenida en el ordinal 2º del parágrafo de la cláusula 15ª del mismo”.

Consideraciones del tribunal

Para resolver sobre las súplicas transcritas, el tribunal comienza por transcribir literalmente el texto cierto de los dos párrafos de la cláusula 18ª del contrato: “1. En caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de las asociadas, estas se obligan con Terpel a pagarle el equivalente a la facturación de los últimos diez días”. 2. En caso de terminación anticipada del presente contrato, sin justa causa por parte de Terpel se hará efectiva inmediatamente la póliza de cumplimiento contemplada en este contrato, sin perjuicio de que las asociadas persigan a Terpel por el remanente pendiente para la indemnización completa de daños y perjuicios” (subrayas del tribunal).

Disposiciones contractuales estas colocadas inmediatamente a continuación de la estipulación de la cláusula resolutoria (18ª), estudiada ampliamente a propósito de la pretensión inversa de Terpel contra las asociadas: “Son eventos de terminación el presente contrato los siguientes: ... (iv) El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea subsanado en un término máximo de ocho días. La causal de terminación prevista en este numeral solo tendrá justa causa para la parte cumplida”.

Así, bien se entiende la estipulación de la multa o pena en los dos párrafos exclusivamente para el caso de que la respectiva parte llegue a ejercer sin justa causa el derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato, como sanción del correspondiente abuso.

El supuesto de hecho de la pena prevista allá es, única y exclusivamente, la “terminación anticipada del contrato sin justa causa”, ora por las asociadas (parágrafo primero), ora por Terpel (parágrafo segundo), y ciertamente Terpel no dio por terminado anticipadamente el contrato. Fueron las asociadas las que declararon unilateralmente terminado el contrato el 21 de enero de 2004, por lo cual resulta un contrasentido que ellas pretendan hacer efectiva la cláusula penal, pues ha de tenerse presente que la sanción no está prevenida a cargo de la parte que dé lugar a la terminación contrato, sino incuestionablemente a cargo de quien lo termine sin justa causa, es decir, una

vez más, contra la parte que abusó de su poder de terminación, en la hipótesis de que hubiera procedido así.

Qué se convino hacer con las pólizas y que haya ocurrido con ellas, es algo que nada tiene que ver con lo convenido a propósito de cláusula penal, punto que ya quedó dilucidado.

Por consiguiente, la pretensión de las asociadas se asienta en una interpretación totalmente errada del contrato, por no decir, que presupone o intenta su tergiversación, de suerte que el tribunal la desestimará.

Costas

Atenido a lo dispuesto en el artículo 42, 6 de la Ley 794 de 2003, el tribunal no hará condenación en costas, de modo que cada parte asumirá los gastos en que haya incurrido y en los que haya de incurrir en razón de este arbitramento.

Resolución.

En mérito de lo expuesto el tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que el contrato de “compra de venta de crudo” celebrado entre Tethys Petroleum Co. Ltd., Turnsector Ltd., Rubiales Oil B.V. y Coplex Colombia Ltd. y Terpel de la Sabana S.A. en Bogotá el 21 de agosto de 2003, fue un contrato de suministro.

Segundo. Denegar las súplicas segunda y tercera de la demanda principal.

Tercero. Declarar que las convocadas deben pagarle a la convocante la cantidad de dos mil catorce millones catorce mil doscientos veintidos pesos (\$2.014.014.222), integrada por los siguientes rubros:

- a) Un mil quinientos veinte millones cuatrocientos sesenta y un mil setecientos noventa pesos (\$1.520.461.790), por concepto de reembolso del precio diferencial por los despachos del crudo de Rubiales hasta el mes de diciembre de 2003;
- b) Tres millones sesenta y un mil ciento sesenta y nueve pesos (\$ 3.061.169), por concepto de descuento en razón de la humedad y la calidad del crudo suministrado durante la ejecución del contrato;
- c) Doscientos un millones novecientos siete mil novecientos treinta y seis pesos (201.907.936), por concepto de devolución del precio pagado por crudo que fue entregado en Cartagena a otros clientes de las convocadas;
- d) Doscientos ochenta y ocho millones quinientos ochenta y tres mil trescientos veintisiete pesos (\$ 288.583.327), por concepto del IVA que la convocante canceló y que las convocadas no le han restituido en la parte proporcional, y condenarlas a su pago dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, junto con sus intereses comerciales moratorios a partir del día 20 de mayo de 2004, tercero hábil siguiente a aquel en que fueron constituidas en mora mediante la notificación de la demanda arbitral (CPC., art. 90 [inc. 2º]).

Cuarto. Declarar que Terpel de la Sabana S.A. incumplió el contrato individualizado en el ordinal 1º, al no haber contratado, presentado y mantenido en vigor las pólizas de seguro previstas en él, y no haber comprado a plenitud las cantidades de crudo que se comprometió a comprar en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003.

Quinto. Denegar las pretensiones quinta principal y quinta subsidiaria, séptima y octava de las demandas de reconvención.

Sexto. Absolver a Terpel de la pretensión de condena al pago de daño emergente contenida en la súplica séptima de las demandas de reconvención.

Séptimo. Condenar a Terpel de la Sabana S.A. a pagar a las demandantes en reconvención, la suma de un mil ciento cuarenta y dos millones trescientos quince mil setecientos pesos (\$ 1.142.315.700), dentro de los diez (10)

días siguientes a la ejecutoria de este laudo, por concepto del lucro cesante sufrido por estas con el déficit de compras en que incurrió en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003.

Octavo. Denegar la solicitud de condena de Terpel por los demás factores de lucro cesante indicados en las demandas de reconvención y en los alegatos de conclusión de las reconvinientes.

Noveno. Denegar las súplicas novena y décima de las demandas de reconvención.

Décimo. Sin costas, por lo expuesto en la parte considerativa del laudo.

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

Duodécimo. Protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior decisión se notificó a los apoderados de las partes en audiencia.

Fernando Hinestrosa, Presidente—Carlos Lleras De La Fuente, árbitro—Felipe Navia Arroyo, árbitro—Marco Aurelio Llinás Volpe, apoderado—César Jaime Gómez Jiménez, apoderado—Álvaro Yáñez Peñaranda, apoderado.

Hernando Parra Nieto, secretario.
